

AVTALEFRIHET I KONTRAKTER SOM REGULERES AV BUSTADOPPFØRINGSLOVA

Kandidatnummer: 543

Leveringsfrist: 25. november 2008

Til sammen 17 848 ord

24.11.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Bakgrunn for oppgavens problemstilling	1
1.2	Problemstillingen og dens aktualitet	2
1.3	Disposisjon	4
<u>2</u>	<u>LOVENS VIRKEOMRÅDE</u>	<u>5</u>
2.1	Lovens virkeområde	5
2.2	Partene	5
<u>3</u>	<u>KJØPSLOVEN SOM FORBILDE</u>	<u>7</u>
3.1	Ulike type avtaleforhold	7
<u>4</u>	<u>LOVENS BAKGRUNN</u>	<u>9</u>
4.1	Rettstilstanden før bustadoppføringslova	9
4.2	Bakgrunnen for lovens vedtagelse	10
4.3	Ufravikelighetens begrunnelse	11
<u>5</u>	<u>GENERELT OM UFRAVIKELIGHET</u>	<u>16</u>
5.1	Vilkår i strid med lovens ufravikelige bestemmelser	16
5.2	Objektiv eller subjektiv vurdering	16
5.3	Konkret eller abstrakt bedømmelse	22

5.4	Tidspunktet for gunstvurderingen	24
5.5	Ufravikelighetens tidsmessige virkeområde	27
<u>6</u>	<u>LOVENS SPILLEROM</u>	<u>31</u>
6.1	Dagmulkt	31
6.2	Rimelig fremdrift	34
6.3	Formulering av overtagelsesklausuler	37
6.4	Kontrollansvar og adgangen til å innta forbehold i kontrakten	46
<u>7</u>	<u>DEN ØKONOMISKE SITUASJONS PÅVIRKNING AV TVISTENIVÅET</u>	<u>54</u>
7.1	Ingen høyesterettsavgjørelse om spørsmålet	54
7.2	Finanskrisens påvirkning av fremtidig rettspraksis	54
7.3	Behov for avklaring	57
<u>8</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>58</u>
<u>9</u>	<u>LISTE OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>
9.1	Graf som illustrerer boligmarkedet siden lovens ikrafttredelse	A

1 Innledning

1.1 Bakgrunn for oppgavens problemstilling¹

På kontraktrettens område har norsk rett lenge vært preget av prinsippet om kontraktsfrihet. Det har med andre ord vært opp til partene å bestemme det nærmere innholdet av avtalen, og stort sett har ikke lovregler vært til hinder for at partene kunne avtale det de selv fant mest hensiktsmessig. Enten kontraktsforholdet gjaldt kjøp av en sykkel eller oppføring av et eksklusivt hotell, sto det partene fritt å bestemme alt fra objektets kvalitet og ferdigstillelsesdato, til mer spesifikke forhold slik som en nærmere angivelse av hva som skulle anses å utgjøre et mislighold og hvilke konsekvenser et slikt eventuelt avtalebrudd skulle få. På 1970-tallet vokste det imidlertid frem en tankegang om at balanseforholdet mellom partene i mange tilfeller ikke er likeverdig. På den ene siden står det ofte en profesjonell næringsdrivende med mange års erfaring og fagkunnskap. Motparten kan tenkes å være en privatperson uten tilstrekkelig innsikt til å forstå omfanget av avtalen som blir inngått, og som ikke innehar den nødvendige tyngde til å påvirke avtaleinnholdet. Ønsket om i visse situasjoner å beskytte den presumptivt svakere part ble satt på dagsordenen, og som en konsekvens ble det innført såkalte forbrukervennlige lover. Den dagjeldende kjøpsloven av 1907 ble det første eksempelet på at lovgiver i 1974 gikk inn og foretok endringer til gunst for forbrukeren.²

Da endringsloven til kjøpsloven ble gitt, var det imidlertid bare reglene om virkningene av mislighold som ble gjort ufravikelig. Det var fortsatt opp til partene å bestemme forhold slik som kontraktsgjenstandens kvalitet, ferdigstillelsesdato og angivelse av hvilke forhold som skulle anses å utgjøre selve misligholdet. Senere lovgivning har imidlertid gått mye lenger. Bustadoppføringslova (heretter benevnt buofl) er et eksempel på at lovgiver har gjort hele loven, og ikke bare deler av den, ufravikelig. En konsekvens av dette er at også de reglene som fastsetter partenes plikter og definerer mangler gjøres ufravikelige. I tillegg

¹ Lilleholt (2001) s 37

² Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) punkt 2.8.1

til å medføre store begrensninger i partenes avtalefrihet, innebærer løsningen at det flere steder oppstår tolkningsproblemer knyttet til ufravikelighetens rekkevidde.

1.2 Problemstillingen og dens aktualitet

Innledningsvis er det behov for å presisere at buofl ikke bare har bidratt til klargjøring av rettstilstanden på et område som for forbrukeren er av stor praktisk og økonomisk betydning. Lovens ufravikelige regler har også vært utslagsgivende for å styrke forbrukerens rettsstilling. Det er imidlertid viktig å være klar over at selv under forutsetning av at loven er gjort ufravikelig, vil det flere steder være rom for vurdering av partenes avtalefrihet. Det er for eksempel bare vilkår som er dårligere for forbrukeren lovens ufravikelighet setter en sperre for. Døren for avtalefrihet er med andre ord satt på gløtt, da det står partene fritt å avtale vilkår som etter en vurdering anses å være til forbrukerens gunst. Et spørsmål som reiser seg i denne sammenheng er hvorvidt det er forbrukerens egen oppfatning av hva som er til sin gunst som skal legges til grunn, eller om det avgjørende er hva en domstol objektivt sett skulle mene. I tillegg vil det på enkelte andre områder være naturlig å sette spørsmålstegn ved hvor langt lovens ufravikelighet egentlig rekker. Spørsmålene vil bli behandlet mer inngående etter hvert som de gjør seg gjeldende. Her gis likevel noen konkrete eksempler som illustrasjon:

Som det senere vil bli redegjort for, gjelder lovens ufravikelighet først og fremst på avtaleinngåelsestidspunktet. Motsetningsvis, dersom det er på det rene at mislighold har inntrådt, står partene fritt til å avtale også vilkår som anses å være dårligere for forbrukeren. I mange situasjoner ser imidlertid partene et stykke ut i kontraktsforholdet, men før selve kontraktsbruddet er konstatert, at mislighold kommer til å inntreffe. Det er for eksempel grunn til å tro at entreprenøren vil komme i forsinkelse, og partene ønsker på dette tidspunkt å avtale en alternativ løsning til lovens ordning om dagmulkt.³ Entreprenøren tilbyr forbrukeren å legge inn ekstra ressurser for å prøve å hente inn forsinkelsen, mot at

³ Jfr. buofl § 18 første ledd

forbrukeren fraskriver seg kravet på dagmulkt. I motytelse får forbrukeren tilbud om varmekabler på badet og peis i stua. Spørsmålet er imidlertid om lovens ufravikelighet sperrer for en slik avtale, eller om partene i tilfelle av mislighold under oppseiling har full avtalefrihet.

Et annet eksempel som omhandler spørsmålet om partenes spillerom innenfor buofl, er tilfellet der entreprenøren inntar forbehold i tilknytning til overtagelsesdatoen:

”Overtagelse 20. desember 2008, forutsatt byggestart april 2008”. Sett at entreprenøren ikke klarer å ferdigstille boligen til 20. desember. Grunnen er enten at igangsettelsestillatelse fra kommunen ble gitt etter april, eller at entreprenøren rett og slett ikke hadde kapasitet til å begynne byggingen i april. Vil entreprenøren i en slik situasjon kunne påberope seg forbeholdet som argument for at det ikke foreligger forsinkelse? Eller kan det tenkes at et slikt generelt forbehold ikke står seg?

På det nåværende tidspunkt foreligger det ingen høyesterettsavgjørelse der partenes adgang til avtalefrihet innenfor buofl er satt på spissen. En forhastet konklusjon kan da synes å være at problemstillingen ikke er så aktuell som den ovenstående fremstillingen synes å indikere. Samtaler med entreprisadvokater gir imidlertid et bilde av at det i praksis blir inngått mange avtaler der lovens ufravikelighet blir satt på prøve. Det kan følgelig stilles spørsmålstegn ved hvorfor dette ikke er gjenspeilet i den rettspraksis som foreligger. Som oppgavens avslutning vil vise, kan en forklaring være den økonomiske situasjonen som fra buofls ikrafttredelse har preget boligmarkedet. Det er naturlig nok slik at det ikke blir rettssaker ut av avtaler som begge partene ser seg tjent med, og i et stigende marked har forbrukeren sett det som gunstig å forbli i kontraktsforholdet for senere å kunne selge boligen til en høyere pris. I tilfeller av kontraktrettslige utfordringer har forbrukeren derfor vært villige til å strekke seg langt for å få beholde kontrakten, også i tilfellet der kontrakten inneholder vilkår som kan anses å stille ham i en dårligere situasjon enn lovens bestemmelser tilsier. Med dagens finanskrisen vil imidlertid det initiativ forbrukeren tidligere hadde til å sitte i kontrakten kunne bli snudd til et ønske om å komme seg ut. Dårlige økonomiske tider kjennetegner også at folk setter seg bedre inn i sine rettigheter,

og det er grunn til å tro at tvistenivået vil øke i tiden fremover. I mangel på avklaringer fra høyesterett, er imidlertid situasjonen i dag preget av usikkerhet. Med dette som bakgrunn vil oppgaven bære preg av å være en analyse av gjeldende rett, fremfor en gjengivelse av fastlagt rettsstilstand på området.

1.3 Disposisjon

Oppgaven er lagt opp slik at det først foretas en kort behandling av lovens virkeområde, for deretter å bli redegjort for bakgrunnen til at loven ble gitt. En naturlig konsekvens av problemstillingen vil være å gå inn i hensynene som ligger til grunn for loven, og se om de i tilstrekkelig grad begrunner de eventuelle begrensninger buofls ufravikelighet setter for partene. Oppgavens hovedvekt vil innebære en todeling. For det første vil det bli foretatt en analyse av hva som ligger i begrepet ufravikelighet i buofl. Deretter synes det naturlig å gå inn i enkelte sentrale bestemmelser i loven, hvor det interessante vil bli å undersøke hvilket spillerom loven gir partene med hensyn til avtalefrihet. Avslutningsvis gis en drøftelse av den økonomiske situasjons påvirkning av partenes handlingsmønster.

2 Lovens virkeområde⁴

2.1 Lovens virkeområde

Buofl regulerer to ulike typer avtaleforhold. For det første omhandles avtaler om oppføring av bolig, samt avtaler om arbeid som utføres i direkte tilknytning til slik oppføring, jfr. lovens § 1 første ledd litra a. I disse tilfellene har forbrukeren en tomt, og engasjerer en entreprenør for å stå for oppføring av boligen. Litra a tilfellene gjelder også den situasjon der forbrukeren inngår særskilte kontrakter med for eksempel elektrikere og rørleggere for arbeid på boligen. Forutsetningen for at forholdet skal falle inn under buofl er at arbeidet utføres direkte som ledd i oppføringen av boligen. Dersom boligen står ferdigoppført på tidspunktet forbrukeren inngår kontrakten med rørleggeren, vil forholdet i stedet falle inn under håndverkertjenesteloven.

For det andre kommer buofls bestemmelser til anvendelse på avtaler om rett til fast eiendom med ny bolig når arbeidet entreprenøren står for enda ikke er fullført på avtaletiden, jfr. § 1 første ledd litra b. I disse tilfellene er det som regel mer treffende å bruke betegnelsen kjøpekontrakt, der forbrukeren kjøper tomt og bolig i ett. Også her er det en forutsetning at det på kontraktinngåelsestidspunktet gjenstår noe for entreprenøren å fullføre. I motsatt fall vil forholdet bli regulert av avhendingsloven.

Etter buofl § 1 tredje ledd gjelder loven også for oppføring av fritidshus.

2.2 Partene

En part karakteriseres etter buofl § 2 første ledd som forbruker hvis det er tale om en fysisk person som ikke hovedsaklig handler som ledd i næringsvirksomhet. Dersom forbrukeren skal bruke en eiendom både i næring og privat, eksempelvis butikk i første etasje og bolig i

⁴ Bakgrunnsstoff: Bergsåker (2000) s 16-21 og Lilleholt (2004) s 10

andre etasje, blir spørsmålet hva bygget ”hovudsakleg” er ment til.⁵ Lovens forarbeider formulerer problemstillingen på følgende måte:

”I slike tilfelle må ein sjå på om arbeidet *hovudsakleg* er til personleg bruk”.⁶

Videre, vil en forutsetning for at loven skal gjelde for forbrukeren være at hans medkontrahent er næringsdrivende. Det avgjørende er etter lovens § 2 annet ledd om entreprenøren har gjort avtalen som ledd i næringsvirksomhet. Er både kjøper og selger forbrukere kommer ikke loven til anvendelse. Det samme gjelder dersom begge partene er å anse som næringsdrivende. Konsekvensen av at loven ikke kommer til anvendelse er at avtaleforholdet i stor grad vil være på et ulovfestet område. Rettsforholdet må da avklares ved tolking av avtalen mellom partene, samt ved bruk av alminnelige kontraktsrettslige prinsipper og entrepriserettslige betraktninger. Buofl kan eventuelt komme inn gjennom analogisk anvendelse.⁷

Det skal imidlertid nevnes at avhendingslovens bestemmelser kan få direkte betydning for partene i de tilfellene buofls regler ikke kommer til anvendelse. Som nevnt ovenfor regulerer buofl i tillegg til de typiske oppføringstilfellene i entrepriseforhold, også den situasjonen der forbrukeren kjøper en tomt og bolig i ett, jfr. buofl § 1 første ledd litra b. Avhendingslovens § 1-1 første ledd slår fast at loven kommer til anvendelse ved avhendelse av fast eiendom, nærmere bestemt grunn og bygninger. Det fremgår imidlertid av bestemmelsens andre ledd at loven ikke gjelder avtaler som omfattes av buofl. For de tilfellene buofl ikke kommer til anvendelse på kontraktsforholdet mellom partene, kan derfor avhendingsloven påberopes for den kjøpsrettslige delen av entrepriseforholdet.

I det videre vil det bli lagt til grunn at vi er innenfor buofls virkeområde, og det interessante vil da være å se på hvilken måte dette påvirker partenes rettigheter, plikter og avtalefrihet.

⁵ Martinussen (2007) s 33

⁶ NOU 1992:9 punkt 2.1.7

⁷ Martinussen (2007) s 22

3 Kjøpsloven som forbilde

3.1 Ulike type avtaleforhold

På tidspunktet lovutvalget startet arbeidet med buofl var det kun kjøpsloven og håndverkertjenesteloven som var gjort forbrukervennlige. Det forelå riktignok også et utkast til lov om avhendelse av fast eiendom, men ut over det var rettstilstanden mer eller mindre uendret. Med dette som bakgrunn er det naturlig at lovgiver har brukt kjøpslovens forbrukervennlige bestemmelser som forbilde ved utarbeidelsen av buofl, og at mange av bestemmelsene mer eller mindre har blitt identiske. Ikke bare vil de løsninger lovgiver tidligere har falt ned på være resultat av sammensatte avveininger. Bruk av tidligere lover vil også medføre at det oppnås sammenheng og konsekvens innenfor lovgivningen.⁸

Det er imidlertid viktig å være oppmerksom på at det er to nokså ulike kontraktsforhold vi her står ovenfor. Kjøpsloven, og den senere forbrukerkjøpsloven, regulerer i mange tilfellet kjøp av varer over disk. Det er typisk mer eller mindre impuls kjøp fra forbrukerens side, der kjøper og selger ofte ikke utveksler mer kontakt enn overlevering av varen mot vederlag. Buofl gjelder på sin side oppføring eller utførelse av arbeid på bolig som på kontraktsinngåelsestidspunktet enda ikke er fullført. Det faktum at man her står overfor en leveringsytelse som går over noe tid, gjerne slik at det kan gå måneder og år fra avtaleinngåelse til overtagelse, medfører at partene har kontakt både i forkant og etterkant av avtaleinngåelsen.

Videre vil kjøp av bolig ofte være en av de største investeringene en forbruker foretar seg, og en slik avtale er derfor naturlig nok av stor betydning for ham. Det er mange ulike ønsker og situasjoner som kan finne sted innenfor et slikt langvarig avtaleforhold, og forhold kan forandre seg underveis i byggeprosessen. Det er vanlig med forsinkelser og endringsarbeider, og forbrukeren kan derfor være tjent med å avtale spesialtilpassede løsninger. Lovens normalløsninger vil derfor ikke alltid passe, og behovet for avtalefrihet

⁸ Lilleholt (2001) s 32

kan således være stort. Som vi skal komme tilbake til, vil ønsket om forbrukervern her helt klart være et argument som trekker i motsatt retning. ”Hvis det hadde vært full adgang til å avtale avvikende regler, ville forbrukerbeskyttelsen blitt illusorisk.”⁹ Det er likevel viktig å ha i mente at kontraktsinngåelse som gjelder oppføring av bolig er noe annet, og mer komplekst, enn kjøp av varer over disk.

⁹ Martinussen (2007) s 25

4 Lovens bakgrunn

Oppgavens problemstilling er ”Avtalefrihet i kontrakter som reguleres av bustadoppføringslova”. For å kunne få en fullstendig forståelse av hvilket spillerom partene har til avtalefrihet etter loven, er det naturlig å starte med å se på bakgrunnen for at loven ble vedtatt og hvilke hensyn som da gjorde seg gjeldende. Vår generelle lovgivningsteknikk medfører at en slik forståelse først kan oppnås etter gjennomgang av lovens forarbeider. Uttalelser der kan inneholde retningslinjer over hvordan loven skal tolkes, samt kaste lys over lovgivers intensjoner. Det synes derfor naturlig i det følgende å undersøke hvorvidt forarbeidene har uttalelser som bidrar til å forstå lovgivervalget om å gjøre loven ufravikelig.

4.1 Rettstilstanden før bustadoppføringslova

I 1988 besluttet Justisdepartementet å nedsette et utvalg for å få utredet behovet for lovgivning om vern av forbrukere ved avtaler om oppføring eller salg av nye boliger.¹⁰ Frem til dette tidspunktet hadde området ikke vært lovregulert, og det hadde vært opp til partene å avtale det de måtte ønske. Vedtagelsen av avhendingsloven sto imidlertid på trappene, men loven var kun ment å regulere kjøp av tomt og bolig. Oppføring og arbeid på bolig falt utenfor, og slike kontraktsforhold befant seg derfor på et ulovfestet område. Det hadde riktignok over tid blitt utarbeidet ulike standardkontrakter på området. Disse var imidlertid ikke til hinder for at det ble avtalt vilkår som stilte forbrukeren i en dårlig stilling. Urimelige avtalevilkår kunne til en viss grad settes til side med hjemmel i avtaleloven § 36 eller forbys i medhold av markedsføringsloven. Det var imidlertid Justisdepartementets oppfatning at dette ikke på langt nær var et fullgodt materielt eller prosessuelt vern for den enkelte forbruker.¹¹

¹⁰ NOU 1992: 9 punkt 2.1.1

¹¹ NOU 1992:9 punkt 4 a

4.2 Bakgrunnen for lovens vedtagelse

Justisdepartementets initiativ til ny lov kom som nevnt på bakgrunn av forbrukerbølgen som vokste frem på 1970-tallet. Det ujevne balanseforholdet mellom partene kan enten ha vært av objektiv eller subjektiv art.¹² Objektiv skjevhet vil som regel skyldes ujevnhet i det markedsmessige forhold. Entreprenøren kan for eksempel uten fare for betydelig tap la være å inngå avtale med forbrukeren dersom forbrukeren nekter å godta avtalen i den form og med de vilkår entreprenøren ønsker. Dersom alternativene for forbrukeren står mellom å inngå en avtale med noe uheldige vilkår, eller at det ikke blir inngått en avtale i det hele tatt, vil forbrukeren trolig ende opp med å signere den noe ugunstige avtalen. Subjektiv ujevnhet foreligger dersom den ene kontraktsparten er overlegen den andre når det gjelder erfaring, fagkunnskap eller kjennskap til markedet. Som vi ser vil det i et forhold mellom en entreprenør og en forbruker kunne foreligge både subjektiv og objektiv ujevnhet.

For å kunne ivareta den presumptivt svakere parts rettsstilling i slike situasjoner, er det særlig to virkemidler lovgiver kan ta i bruk. Når det gjelder den subjektive ujevnhet, kan lovgiver avlaste forbrukerens manglende kunnskap ved å gi en lov der alle forhold partene trenger å ta stilling til og regulere fremgår av lovteksten. På den måten blir forbrukeren gjort oppmerksom på alle de ulike aspektene, i tillegg til at lovgiver har satt opp en normalløsning. Sett fra dette ståstedet blir loven en form for standardkontrakt.

Når det gjelder den objektive ujevnheten kan det å gjøre loven ufravikelig forhindre at forbrukeren blir tvunget til å inngå ugunstige avtaler han senere ikke kan komme seg ut av. Forarbeidene uttrykker dette på følgende måte:

”Skal lova kunne gje eit effektivt vern for forbrukarane, må regelen vera at føresegnene ikkje skal kunne fråvikast til skade for forbrukaren. Dette er vanleg i forbrukarlovgeving.”¹³

¹² Bergsåker (1980) s 4

¹³ NOU 1992:9 punkt 2.1.8

4.3 Ufravikelighetens begrunnelse

Uttalelsen i avsnittet over gir inntrykk av at det var en nødvendighet å gjøre loven ufravikelig for å kunne ivareta ønsket om et effektivt forbrukervern. Det at lovgiver mener det er behov for ufravikelige bestemmelser, er imidlertid ikke ensbetydende med at loven som sådan gjøres ufravikelig. En mellomløsning der kun noen sider av kontraktsforholdet gjøres ufravikelig kan også tenkes, og der partene i resten av tilfellene kan velge om de ønsker å følge lovens anvisning eller ikke.

For å vurdere hvor langt ufravikeligheten rekker etter buofl, synes det naturlig å ta utgangspunkt i lovens ordlyd. Det fremgår av lovens § 3 at det ikke kan ”avtalast eller gjerast gjeldande vilkår som er dårlegare for forbrukaren enn det som følgjer av føresegnene i lova her.” Formuleringen deler ikke opp loven i tilfeller der ufravikeligheten skal gjelde og ikke skal gjelde, men sier på generell basis at det ikke kan avtales vilkår som er dårligere for forbrukeren enn lovens løsninger. Ordlyden taler derfor i retning av at loven i sin helhet er gjort ufravikelig, og rettskildemessig skal det mye til for å fravike en klar ordlyd. Likevel vil det i det følgende bli interessant å se hvilke begrunnelser lovgiver gir for lovens ufravikelig.

Når det gjelder rekkevidden av lovens ufravikelighet, har forarbeidene følgende uttalelse:

”Partane står sjølvstøtt fritt til å avtala kva arbeid som skal utførast, og kva vederlaget skal vera. På nokre punkt er det i lova stilt opp formkrav for avtalen. Elles er det i første rekkje reglane om forbrukarens rettar ved mishald som ikkje kan fråvikast til hans skade.”¹⁴

Uttalelsen fremhever at det først og fremst er misligholdstilfellene lovgiver har hatt i tankene da loven ble gjort ufravikelig, og da altså å beskytte den svakere part mot å miste de rettighetene loven gir ham dersom mislighold inntreffer. Det har tradisjonelt vært vanlig å dele kontraktsretten inn i fastleggelse av partenes plikter på den ene siden, og

¹⁴ NOU 1992:9 punkt 2.1.8

misligholdslæren på den andre siden. Eksempler på den førstnevnte gruppen er fastsettelse av overtagelsestidspunkt, angivelse av hvilke kvalitetsmessige krav som stilles til objektet samt ytterligere beskrivelse av hva som definerer et mislighold. Det klare utgangspunktet, og et utslag av prinsippet om kontraktsfrihet, har vært at partene har stått fritt på dette punkt til å avtale det de måtte ønske.

Den andre undergruppen, misligholdslæren, regulerer det tilfelle der en av partene har neglisjert sine avtalte plikter. Slik mangelfull kontraktoppfyllelse kan medføre rettslige konsekvenser slik som dagmulkt og heving. Som det er redegjort for i oppgavens innledning ble det i 1974 inntatt ufravikelige forbrukerbestemmelser i den dagjeldende kjøpsloven. Bestemmelsene som ble gjort ufravikelige var imidlertid kun reglene om virkningene av mislighold. Det var fortsatt avtalefrihet når det gjaldt fastleggelse av partenes plikter. Som vi ser, utgjør altså tidspunktet for mislighold en form for skjæringstidspunkt. Én ting er rettighetene forbrukeren skal ha etter at misligholdet er oppstått. Noe annet er å gjøre hele loven ufravikelig, slik at også alle de spørsmål som regulerer forhold som oppstår forut for dette tidspunktet faller inn under lovens ufravikelighet.

Uttalelsen ovenfor fra forarbeidene kan imidlertid tolkes i retning av at også buofl som utgangspunkt kun mente å gjøre virkningene av mislighold ufravikelig, og at det ut over det skulle være avtalefrihet. Til støtt for denne forståelsen går en uttalelse i forarbeidene til håndverkertjenesteloven. Det fremgår følgende:

”Utvalget har så ved utformingen av loven basert seg på at reglene som presiserer partenes plikter når det gjelder tjenestens art og omfang, tiden for utføring, pris m.m, som hovedregel gjøres fravikelige. Hensikten med loven er her primært å løse spørsmål som ellers er latt åpne i avtalen, dvs å gi utfyllende normalløsninger. Ellers bør loven i hovedsak være tvingende. Det gjelder i første rekke reglene om partenes kontraktbrudd, men også regler om partenes plikter og rettigheter ellers som ikke direkte henger sammen med den individualisering av ytelsene som er knyttet til avtaleslutningen (f.eks om fraråding, kontakt ved tilleggarbeid, avbestillingsrett, virkningene av uventete forhold m.m). Disse regler gir uttrykk for

rettigheter som forbrukeren alltid bør ha og som ikke bør kunne fratas ham ved avtale.”¹⁵

Uttalelsen har rettskildemessig relevans av to grunner. For det første var håndverkertjenesteloven én av to forbrukervennlige lover som forelå da utarbeidelsen av buofl fant sted. Det går klart frem av utvalgets formuleringer at de brukte håndverkertjenesteloven som forbilde. For det andre, og av større tyngde, er det faktum at forarbeidene til buofl¹⁶ eksplisitt viser til denne uttalelsen. Det er interessant at lovgiver fremhever at hensikten med loven på en del områder primært er å løse spørsmål der avtalen er taus. Beskrevet på denne måten ville loven lignet på en standardkontrakt, der forbrukeren hadde valget mellom å følge lovens anvisning eller ikke. Som fremhevet tidligere er nettopp en slik løsning med forhåndsbestemte normalløsninger en måte å avlaste forbrukerens manglende kunnskap. Det fremgår imidlertid av uttalelsen at når det spesielt gjelder reglene om partenes kontraktsbrudd, altså misligholdsbeføyelsene, så bør loven være ufravikelig. Lovgiver har sett disse rettighetene som så grunnleggende og viktige at det er behov for å beskytte forbrukeren mot situasjonen der entreprenøren tvinger igjennom uheldige vilkår, uten at forbrukeren klarer å ta til motmæle.

Uttalelsene i forarbeidene og det faktum at kjøpsloven ble brukt som modell kan således tale for at det i hovedsak var misligholdstilfellet lovgiver mente å gjøre ufravikelig, og at loven i resten av tilfellene var ment som utfyllende normalløsninger. Ordlyden i buofl § 3 første ledd er imidlertid klar. Den skiller ikke mellom misligholdstilfellene på den ene siden og fastleggelse av partenes rettigheter og plikter på den andre. Det kan argumenteres for at loven er lite pragmatisk på et område som er utrolig forskjellig fra tilfelle til tilfelle, og at partene bør ha avtalefrihet ut over misligholdstilfellene. Som rettsanvender må man imidlertid forholde seg til rettstilstanden slik den er i dag, og den er unektelig at loven i sin helhet er gjort ufravikelig. Ordlyden åpner ikke for tvil på dette punkt. Et avgjørende

¹⁵ Ot.prp.nr.29 (1988-1989) s 18

¹⁶ NOU 1992:9 punkt 2.1.8

spørsmål er da hvorvidt det blir noe igjen å analysere rundt partenes avtalefrihet innenfor buofl, eller om avtalefriheten er fjernet totalt ved innføringen av loven. Står vi kun igjen med en de lege ferenda vurdering av hvorvidt loven er riktig eller gal og hvordan den eventuelt burde ha vært utformet? Eller gjenstår det fortsatt tolkningsspørsmål om hvordan partenes avtalefrihet er å forstå innenfor lovens ufravikelige ramme?

Innledningsvis kan det nevnes at lovgiver i enkelte bestemmelser har gjort direkte unntak for lovens ufravikelighet, slik at det er opp til partene å avtale det de ønsker. Det fremgår for eksempel av lovens § 41 at ”forbrukaren skal betale det vederlaget som er avtalt”. På dette punkt åpner altså loven for avtalefrihet. Det er imidlertid et fåtall av steder at partenes avtalefrihet fremgår direkte av loven på denne måten.

Det er imidlertid et poeng at loven, med sin ufravikelighetsformulering, i seg selv åpner for en viss avtalefrihet. Lovgiver har to valgmuligheter når han står ovenfor ønsket om å beskytte den presumptivt svakere part i kontraktsforholdet: Enten bruk av såkalte generalklausuler eller innføring av ufravikelig lovgivning.¹⁷ En generalklausul kjennetegnes ved at den gir domstolene adgang til å sette til side vilkår som anses å være urimelig. Avtaloen § 36 er et eksempel på en slik bestemmelse. Som Bergsåker poengterer i sin artikkel ”Kontraktsrettslige generalklausuler” finnes det fordeler og ulemper ved begge modellene. Generalklausuler vil typisk best kunne ivareta hensynet til konkret rimelighet, men motstykket er imidlertid at det kan gå på bekostning av forutberegneligheten i kontraktsforhold. Ufravikelige lovbestemmelser må nødvendigvis være mer firkantede og behøver derfor ikke virke konkret rimelig, men på den annen side vil slike bestemmelser ivareta hensynet til forutberegnelighet.

Det synes som om lovgiver i buofl har valgt en mellomløsning. Lovgiver kunne i prinsippet valgt å gjøre loven ufravikelig punktum. Det er imidlertid valgt en mellomting, der kun vilkår som er til forbrukerens ugunst får vikeplikt for loven. Ved å åpne for en slik

¹⁷ Bergsåker (1980) s 5

rimelighetsvurdering i hvert enkelt tilfelle setter lovgiver døren for avtalefrihet på gløtt. Det vil derfor være av avgjørende betydning å forstå hva som ligger i lovens formulering ”vilkår som er dårlegare for forbrukaren”.

I tillegg vil loven, selv om den er gjort ufravikelig, flere steder åpne for en tolkning av hvor langt ufravikeligheten rekker. Et eksempel er hvorvidt ufravikeligheten gjelder ved antasipert mislighold, et annet er ved antitetisk lovtolkning og inntakelse av forbehold. Vi skal komme tilbake til disse konkrete tilfellene senere. Formålet her er imidlertid å vise at det, selv under erkjennelse av at loven som helhet er ufravikelig, fortsatt reiser seg flere spørsmål knyttet til partenes avtalefrihet.

5 Generelt om ufravikelighet

5.1 Vilkår i strid med lovens ufravikelige bestemmelser

Før vi går nærmere inn i partenes avtalefrihet etter loven, synes det naturlig å nevne hvilke konsekvenser lovens ufravikelighet har. Dersom partene i en entreprisekontrakt har inngått et vilkår som senere viser seg å være i strid med en ufravikelig lovbestemmelse, blir virkningen at vilkåret anses ugyldig. Den avtalte løsningen blir således satt til side, og avtalen suppleres med lovens normalløsning. Dersom partene eksempelvis har avtalt erstatning i stedet for dagmulkt, og dette viser seg å stride mot lovens ufravikelighet, blir konsekvensen at partene likevel må forholde seg til lovens dagmulktsordning.

Jeg nevner også kort at et vilkår i strid med lovens ufravikelighet også vil være ugyldig selv om det oppveies av vilkår som er mer gunstige for forbrukeren et annet sted i kontrakten, slik at det sett under ett synes å være et balansert avtaleforhold.¹⁸

5.2 Objektiv eller subjektiv vurdering

For å avgjøre nærmere hvor langt lovens ufravikelighet rekker, er det naturlig å ta utgangspunkt i en språklig forståelse av lovens ordlyd. Spørsmålet blir etter dette hva som etter en naturlig språkforståelse ligger i formuleringen ”vilkår som er dårlegare for forbrukaren”.

Ordvalget i setningen gjør det nærliggende å foreta en antitetisk tolkning av bestemmelsen, og trekke den slutning at dersom partene avtaler vilkår som stiller forbrukeren i en bedre stilling så vil dette ikke stride mot lovens ufravikelighet. En slik forståelse er også i tråd med uttalelser i lovens forarbeider:

¹⁸ Roe (2008) note 16

”Det følger av *femte ledd* at føresegnene om dagmulkt ikkje kan fråvikast til skade for forbrukaren. Det er ikkje noko i vegen for at det blir gjort andre avtalar til *fordel* for forbrukaren.”¹⁹

Utgangspunktet ved vurderingen er altså en avveining av om avtalen stiller forbrukeren verre eller bedre enn lovens normalløsning. Det er kun i de tilfellene avtalen anses å gi forbrukeren et dårligere vern at problemet oppstår. Et sentralt spørsmål blir da videre konkret hvem gunstvurderingen skal foretas opp mot. Problemstillingen vil først og fremst komme på spissen dersom forbrukeren i ettertid hevder at vilkåret er til sin ugunst, og der en domstol skal ta stilling til spørsmålet. Skal det avgjørende her være hva domstolen anser å være til forbrukerens gunst ut i fra en objektiv vurdering, eller er det forbrukerens egen oppfatning av situasjonen som skal legges til grunn?

Før vi går nærmere inn i vurderingen, er det naturlig å se på om det i det hele tatt vil være forskjell på om vurderingen er objektiv eller subjektiv. I en del tilfeller, selv om forbrukerne har aldri så lite kunnskap på det aktuelle området, vil de nok ofte ha en oppfatning av hva som er til deres gunst som vil samsvare med det objektive. Det kan imidlertid tenkes flere tilfeller der vurderingen vil være forskjellig alt ettersom man legger til grunn en objektiv eller en subjektiv norm. Et eksempel fra praksis er det tilfellet der entreprenøren kommer til forbrukeren og sier at de ikke har nok penger til å gjennomføre prosjektet slik de etter avtalen skulle. Entreprenøren informerer forbrukeren om at han må godta linolium i stedet for parkett på gulvene for samme pris. Dersom forbrukeren går med på dette, vil entreprenøren klare å ferdigstille leiligheten til det avtalte tidspunktet. Alternativt vil det inntre forsinkelse, der forbrukeren etter loven har krav på dagmulkt. Dersom utgangspunktet her var en objektiv vurdering, vil trolig svaret bli at løsningen er til forbrukerens ugunst. På generell basis vil det å godta et dårligere gulv til samme pris være et vilkår som er dårligere for forbrukeren. På den annen side er alternativet at forbrukeren sier nei til linoliumen, med den konsekvens at entreprenøren blir forsinket. Riktignok vil forbrukeren i et slikt tilfelle ha krav på dagmulkt, men ofte er det at innflytting skjer til

¹⁹ NOU 1992:9 under særskilte merknader til § 4-3

avtalt tid som er det viktigste for forbrukeren. Dersom det tas utgangspunkt i forbrukerens ønske om å overta leiligheten til avtalt tid, kan en forbruker finne det å være til sin gunst å godta linolium mot innflytting. Da slipper han usikkerheten med å vente og de praktiske problemene forsinket innflytting medfører. Vi ser således at utfallet kan variere alt ettersom det er forbrukerens egen oppfatning av situasjonen man vurderer det opp mot, eller dersom grunnlaget er en objektiv vurdering av hva som er i forbrukeres favør.

For å vurdere fra hvilket ståsted gunstvurderingen skal foretas, er utgangspunktet her som ellers lovens ordlyd og en naturlig språklig forståelse av denne. Buofl § 3 bruker ordet ”forbrukaren” i bestemt form entall. Et slikt ordvalg kan indikere at det avgjørende for vurderingen er hva forbrukeren selv oppfatter å være til sin gunst. Det faktum at vi er på et område for forbrukerbeskyttelse taler for å tillegge lovens ordlyd vekt. Den gjennomsnittlige forbruker vil trolig ikke sette seg inn i forarbeider og juridisk teori for å forutse sin rettsstilling.

Kåre Lilleholt bruker også formuleringen på denne måten, bestemt form entall:

”Bustadoppføringslova har eit generelt krav om at entreprenøren skal vareta forbrukarens interesser med tilbørleg omsut”.²⁰

Uttalelsen synes å legge vekt på at det avgjørende er hva forbrukeren anser å være i sin interesse, altså en subjektiv norm.

Lovens forarbeider har imidlertid en uttalelse som går i retning av at det avgjørende må være hva som objektivt sett anses å være til gunst for forbrukeren:

”Det går fram av fleire føresegner i utkastet at dei kan fråvikast ved avtale, og da treng ein ikkje vurdere om avtalen stiller forbrukaren verre eller betre enn den

²⁰ Lilleholt (2004) s 14

løysinga lova stiller opp for det tilfellet at det aktuelle spørsmålet ikkje er regulert.”²¹

Det interessante her er at uttalelsen synes å forutsette at det er en utenforstående som skal foreta vurderingen, og at det altså ikke er avgjørende hva forbrukerens selv måtte mene, jfr. formuleringen ”da treng ein ikkje vurdere...”.

De senere årene har vi sett en tendens til at høyesterett mer åpent gjør bruk av såkalte reelle hensyn. Reelle hensyn er kort sagt en rimelighetsvurdering, der hensynet til resultatets godhet står sentralt. Det er naturlig å se hen til reelle hensyn dersom de andre rettskildefaktorene ikke gir tilstrekkelig veiledning for hvordan en rettsregel skal forstås, eventuelt for å støtte opp om argumenter man allerede har. Det faktum at høyesterett selv legger vekt på reelle hensyn gir det rettskildemessig relevans. I det følgende vil det bli foretatt en vurdering av ulike reelle hensyn som kan gi veiledning til om vurderingen skal foretas på objektivt eller subjektivt grunnlag.

Et argument som taler for å legge til grunn forbrukerens subjektive oppfatning, er det faktum at det er forbrukeren personlig som inngår avtalen, og som senere vil være bundet av dens rettsvirkninger. Avtalen regulerer forbrukerens bolig, og avtalen vil derfor være både av økonomisk og praktisk stor betydning for ham. Det er forbrukeren selv som best kjenner sine behov og sitter med innsikten over hva som er til sitt eget beste. Det synes da naturlig at vurderingen blir tatt ut i fra hans egen subjektive oppfatning, og ikke hva en domstol objektivt sett synes at er til hans gunst.

Som jeg senere skal komme tilbake til, er et hensyn mot å legge til grunn en subjektiv forståelse at loven på mange måter er ment å beskytte forbrukeren mot seg selv. Det er imidlertid viktig å få frem at mange forbrukere er meget oppegående personer som ikke bare vet hva de begir seg inn på, men som også ser hva som er til sitt eget beste. Det kan

²¹ NOU 1992:9 under særskilte merknader til § 1-2

derfor synes noe unyansert å behandle forbrukere generelt som en gruppe mennesker som ikke sitter inne med den nødvendige kunnskapen til å vurdere avtalens omfang og konsekvenser.

Kontraktsforholdet loven er ment å regulere er gjerne av langvarig art, der individuelle forhold kan tale i retning av at lovens normalløsning ikke alltid er det mest hensiktsmessige. Loven er laget på bakgrunn av å fange opp alle tilfeller, og utformingen av loveteksten blir nødvendigvis generaliserende. Dersom det blir lagt til grunn en subjektiv norm, der forbrukerens oppfatning av situasjonen er avgjørende, kan partene avtale seg frem til løsninger som passer bedre i det konkrete tilfellet. Partenes avtalefrihet vil etter en slik forståelse ikke bli så kraftig innsnevret som det ved første øyekast kan se ut til, og loven bærer preg av å være mer dynamisk. En slik subjektiv forståelse vil også være i bedre overensstemmelse med lovens forarbeider. Partene kan i slike tilfeller beslutte å avtale løsninger de finner til begges gunst, slik at loven mer får preg av å virke utfyllende der avtalen er taus.

Forarbeidene taler imidlertid klart i retning av at vilkår som fratar forbrukeren rettigheter ved misligholdstilfellene ikke bør kunne fravikes. Dersom det avgjørende er hva forbrukeren selv mener at er i sin favør, vil loven også i enkelte tilfeller åpne for at partene kan avtale vilkår som fraskriver forbrukeren retten til misligholdsbeføyelser. Dette strider mot klare uttalelser i lovens forarbeider. Legges det imidlertid til grunn en objektiv vurdering, vil lovgiverviljen på dette punkt lettere bli respektert. I slike tilfeller er det grunn til å tro at domstolen på objektivt grunnlag vil anse et avtalevilkår som ugunstig dersom det fraskriver forbrukeren hans rettigheter i tilfellet mislighold oppstår. Et annet eksempel som taler i samme retning er buofls regler om lovpålagte tekniske krav. Dersom det avgjørende er hva forbrukeren selv anser å være til sin gunst, ville vi risikere å havne i en situasjon der forbrukeren fraskriver seg at slike krav blir overholdt.

Et annet argument mot å legge til grunn en subjektiv vurdering, er at det i et slikt tilfelle vil kunne bli veldig mange ulike vurderinger på ett og samme prosjekt. Dersom en entreprenør eksempelvis skal inngå avtaler med 40 forbrukere i ett og samme leilighetskompleks, og vurderingen er subjektiv, kan det tenkes at den samme avtalen er gyldig i forhold til noen forbrukere, mens den vil stride med lovens ufravikelighet i forhold til andre. Selv om entreprenøren ikke inngår en felleskontrakt med alle 40, men individuelle avtaler, er som regel innholdet i avtalene mer eller mindre det samme. Det er urealistisk å tro at entreprenøren setter seg ned med hver enkelt forbruker for å vurdere om avtalen er til hans gunst eller ugunst. Sannsynligvis vil entreprenøren enten inngå det aktuelle avtalevilkåret med alle eller ingen. Konsekvensen kan bli at forbrukeren får et avtaletilbud tredd over hodet, der han ikke føler han kan gjøre annet enn å signere. Det er nettopp en slik situasjon buo fl har ønsket å avverge. I et slikt tilfelle kan det imidlertid innvendes at vilkåret ikke er til gunst for forbrukeren. Dette er det likevel vanskelig å påvise dersom forbrukeren føler at han må godta vilkåret hvis det overhodet skal komme i stand noen avtale.

Et annet argument i samme retning er at det til en viss grad ligger i lovens forbrukerbeskyttelse at forbrukeren skal beskyttes mot seg selv. Det ligger til grunn en forutsetning om at forbrukeren ikke sitter inne med nok kunnskap eller erfaring til å vurdere hva som er til sitt eget beste. Et slikt synspunkt trekker i retning av at det bør være noe objektivt ved vurderingen, og ikke forbrukerens egne antagelser over hva han tror han er best tjent med.

I samme retning taler det hensyn at en effektiv forbrukerbeskyttelse krever skarpe regler som klart angir forbrukerens minimumsrettigheter.²² Dersom loven legger opp til en vurdering av hva forbrukeren selv anser å være til sin gunst, vil reglene få et svært skjønnsmessig preg og krever en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Dette kan medføre at tilfellene av rettsvister kan øke og behovet for domstolsbehandling stige.

²² Bergsåker (1980) s 6

Avslutningsvis nevnes at det fra et retsteknisk perspektiv kan skape usikkerhet og uforutsigbarhet dersom det avgjørende er hva forbrukeren selv vurderer å være til sin gunst. Sett at det avgjørende tidspunkt for vurderingen er hva som på avtaletidspunktet anses å være til forbrukerens gunst. Det kan da oppstå en situasjon der forbrukeren i ettertid ser at avtalen, han av eget ønske og som han ved inngåelsen anså å være til sin gunst, likevel viser seg å være ugunstig for ham. Han sier derfor i en eventuell rettssak at han aldri ønsket å inngå avtalen, og at han ikke skjønnte hva han gikk inn på. Han gjemmer seg med andre ord bak buofl, og påberoper seg lovens ufravikelighet med argument om at kontrakten stiller han dårligere enn hva som følger av loven. I slike tilfeller kan det bli vanskelig for entreprenøren å bevise at forbrukeren på avtaletidspunktet faktisk ønsket å inngå avtalen. For at entreprenøren her skal vinne frem må han være i stand til å kunne fremskaffe dokumentasjon, fortrinnsvis skriftlige bevis, på at forbrukeren på avtaleinngåelsestidspunktet forsto hva avtalen gikk ut på, og at forbrukeren selv vurderte det dit hen av avtalevilkårene var til hans gunst.

Som den ovenstående drøftelsen viser er det hensyn som trekker i begge retninger, både for at vurderingen skal baseres på forbrukerens subjektive oppfatning, og på en mer generell og objektiv vurdering. I praksis ville det imidlertid bli svært vanskelig å håndheve rettsreglene dersom forbrukerens subjektive forståelse av gunstvurderingen blir lagt til grunn. Jeg faller derfor ned på at vurderingen bør være objektiv, der det avgjørende er hva domstolen anser å være til forbrukerens gunst.

5.3 Konkret eller abstrakt bedømmelse

Under forutsetning av at det er en objektiv vurdering som skal legges til grunn, må det videre avklares om domstolen skal vektlegge hva som på generell basis anses å være til forbrukerens gunst, eller om det avgjørende er hva som i dette konkrete tilfellet synes å være i forbrukerens favør.

Bergsåker har en interessant uttalelse knyttet til dette. Drøftelsen er skrevet med tanke på generalklausuler, altså et litt annet forhold enn ufravikelighetsbestemmelser. Det er imidlertid likheter mellom gunstvurderingen buofl åpner for og den rimelighetsvurdering som foretas etter slike generalklausuler. Mange av de samme hensynene med tanke på vurderingen av om det skal være en konkret eller abstrakt bedømmelse gjør seg gjeldende, og argumentasjonen kan sånn sett ha overføringsverdi:

”Når en rettsregel legger opp til en sterkt skjønnspreget avgjørelse, understrekes det gjerne at avgjørelsen må treffes med *typetilfellet* for øye, ikke på grunnlag av det konkrete tilfelles rent individuelle særpreg. Det er hensynet til *forutberegnelighet* som tilsier dette. Når skjønsmessige regler praktiserer med typetilfellene for øye, unngås i hvert fall en del av den usikkerhet om rettsstillingen som ellers nødvendigvis følger av slike regler. Hvorledes generalklausuler skal forstås i denne henseende, beror på en tolkning av den enkelte paragraf. Formuleringen i de fleste av dem tyder på at avgjørelsen skal treffes *helt konkret*. Det er altså ikke avgjørende om kontraktsvilkåret *i seg selv* eller *abstrakt vurdert* fremtrer som, urimelig eller ikke. Det avgjørende er om det *virker urimelig* eller *fører til urimelige resultater* i det konkrete tilfellet.”²³

Bergsåker nevner som eksempel at husleieloven § 36 lar det avgjørende være om vilkåret er ubillig mot en *av partene*, noe som etter hans oppfatning er å anse som en anvisning om konkret bedømmelse. Med Bergsåkers argumentasjon i bakhodet, synes det naturlig at en formulering som ”vilkår som er dårlegare for forbrukaren” også tar utgangspunktet i en konkret bedømmelse.

Et argument i samme retning er det faktum at ”forbruker” ikke er én type mennesker som alle har de samme ønsker, behov og forutsetninger. Det er en kompleks sammensatt gruppe mennesker som ikke nødvendigvis har mer til felles enn det faktum at de er en privatperson i et kontraktsforhold med en profesjonell part. For at domstolen skal kunne komme frem til et resultat som er mest mulig riktig i hvert enkelt tilfelle, synes det naturlig at det tas utgangspunkt i en konkret vurdering av hva som objektivt sett er til forbrukerens gunst.

²³ Bergsåker (1980) s 7

5.4 Tidspunktet for gunstvurderingen

En problemstilling som foreløpig ikke har vært drøftet, er hvilket tidspunkt gunstvurderingen skal foretas opp mot. Er det avgjørende hva som på avtaletidspunktet anses å ha vært til forbrukerens gunst, eller skal vurderingen foretas ut i fra hva som på tvistetidspunktet synes å være i forbrukerens favør? Det faktum at vi her står ovenfor en leveringsytelse som strekker seg over lang tid, kan medføre at konklusjonen av hva som er til forbrukerens gunst er forskjellig ut ifra hvilket tidspunkt som blir lagt til grunn. Det kan for eksempel ha skjedd økonomiske endringer i boligmarkedet, eller at forutsetningene for at forbrukeren ønsket å inngå avtalen senere har falt bort. Det vil derfor være viktig å fastsette hvilket tidspunkt vurderingen skal ta utgangspunkt i.

I juridisk teori²⁴ er det anført at lovens ufravikelighet innebærer at forbrukeren i ettertid kan ombestemme seg dersom han har inngått på en alternativ løsning til loven. Forbrukeren er for eksempel ekspert på byggeprosesser og gir frivillig avkall på buofl regler om rimelig fremdrift i § 10 tredje ledd for å kunne få oppføringen til en lavere pris. Han har altså inngått en avtale med åpne øyne som kan anses å stride med ufravikelig lovgivning. I følge uttalelsen kan han da ombestemme seg og likevel fremme krav etter loven. Det anføres at det på den måten er en ”enveiskjøring” til fordel for forbrukere. Det er imidlertid viktig å være klar over at det faktum at forbrukeren angrer seg ikke er noen ugyldighetsgrunn i seg selv. For at lovens ufravikelighet skal være til hjelp for forbrukeren må vilkåret anses å være ugunstig for forbrukeren. Hvorvidt det legges til grunn en subjektiv eller objektiv gunstnorm kan få betydning for resultatet. For det andre kan tidspunktet for vurderingen få betydning for utfallet. En domstol kan, som vi skal se etterpå, komme til at den alternative løsningen på avtaletidspunktet fremsto i forbrukerens favør. Dersom tvistetidspunktet legges til grunn, kan det imidlertid tenkes å ha inntruffet etterfølgende forhold som gjør at forbrukeren ikke lenger er tjent med løsningen.

²⁴ Martinussen (2007) s 31

En forutsetning for at problemstillingen skal komme på spissen, er altså at forbrukeren på et senere tidspunkt mener at vilkåret stiller ham i en dårligere situasjon enn det som følger av loven. Dersom han da kan møtes med at vilkåret på et tidligere tidspunkt var til hans gunst, kan det hevdes at effekten av forbrukerreglene fort blir sterkt redusert.²⁵ Formålet med forbrukervennlige lover er å verne forbrukeren mot inngåelse av avtaler som de isolert sett går frivillig inn på, men som de ikke nødvendigvis ser konsekvensene av.

Et eksempel på den sistnevnte situasjonen er det tilfelle der avtalen synes å være til forbrukerens gunst på avtaletiden, men hvor forholdene etter kontraktsslutningen utvikler seg slik at den opprinnelige kontraktsbalansen forrykkes.²⁶ Entreprenøren foreslår for eksempel ovenfor forbrukeren å inngå en avtale der forbrukeren fraskriver seg retten til erstatning, mot at entreprenøren bygger en garasje i tilknytning til boligen. Lovens normalordning er dagmulkt, slik at det kun er i tilfeller der forsinkelsen varer over 100 dager at det blir aktuelt for forbrukeren å kreve erstatning, jfr. §§ 19 første ledd, 18 andre ledd. I tillegg er vilkårene for å få tilkjent erstatning strenge, da det forutsetter oppførsel fra entreprenørens side som er ”grovt aktlaust eller i strid med heider og god tru elles”, jfr. buofl § 19 første ledd. På den annen side vil det å få bygget en garasje gratis kunne fremstå svært tiltrekkende for forbrukeren. Det er på denne bakgrunnen ikke usannsynlig at løsningen derfor kan fremstå til forbrukerens gunst på avtaleinngåelsestidspunktet. Det kan imidlertid senere komme frem omstendigheter som gjør at forbrukeren kommer dårlig ut av situasjonen. Ikke bare er garasjen oppført på naboeiendommen, slik at den senere må rives. Det viser seg i tillegg å inntre forsinkelser under byggingen av boligen som strekke seg over flere år, slik at grensene for dagmulktkravet på 100 dager raskt oversittes. Forholdene er svært klanderverdig fra entreprenørens side, og forbrukere i samme prosjekt som fortsatt har erstatningskravet i behold ender opp med å motta betydelig større beløp i erstatning enn det garasjen opprinnelig var verdt. Dersom det avgjørende tidspunktet her er hva som på avtaletidspunktet var i forbrukerens favør, kan det tenkes at avtalen ville stått seg. Dette

²⁵ Lilleholt (2008)

²⁶ Bergsåker (1980) s 5

kan synes uheldig for forbrukeren, og være et argument for å la det avgjørende tidspunktet være hva som anses å være til forbrukerens gunst på tvistetidspunktet. Det kan imidlertid innvendes at en riktigere juridisk løsning er å anse avtaletidspunktet for avgjørende, og heller i slike tilfeller der etterfølgende omstendigheter forrykker balansen anvende læren om bristende forutsetninger og eventuelt avtaleloven § 36. Ved avtalelovens generalklausul er nemlig det avgjørende hvorvidt virkningen av avtalevilkåret viser seg å være urimelig for parten.

Det kan også argumenteres med²⁷ at uttrykksmåten ”gjerast gjeldande” i lovens § 3 første ledd tyder på at det avgjørende er om vilkåret, objektivt sett, på et senere tidspunkt stiller forbrukeren dårligere enn det som fremgår av loven. En gjennomlesning av lovens ordlyd kan gi lovanvender dette inntrykket. Lovens forarbeider gir imidlertid en annen forklaring for at denne formuleringen er inntatt i loven:

”Utvalet har teke med ei formulering om at ringare vilkår ikkje kan « gjerast gjeldande » mot forbrukaren, for å få fram at entreprenøren heller ikkje kan vise til handelsbruk eller sedvane som stiller forbrukaren dårlegare enn lovføresegnene.”²⁸

Ut i fra denne uttalelsen vil ikke argumentet ha særlig stor verdi.

Dersom det avgjørende er hva som i ettertid synes å være til forbrukerens gunst, kan situasjonen bli lite forutsigbar for entreprenøren. Forbrukeren kan i så fall inngå en avtale med entreprenøren som innebærer en alternativ løsning til lovens ordlyd, og som på avtaletidspunktet anses å være til hans gunst. Så lenge forbrukeren er fornøyd med innholdet kan han stå ved avtalen. Dersom han imidlertid senere ser at avtalen viser seg å slå uheldig ut for seg kan han, under forutsetning av at tvistetidspunktet er avgjørende, påberope seg at vilkåret strider med lovens ufravikelighet. Det vil kunne medføre et stort

²⁷ Lilleholt (2008)

²⁸ NOU 1992:9 under særskilte merknader til § 1-2

usikkerhetsmoment for entreprenøren dersom forbrukeren skal ha anledning til å posisjonere seg rettslig ut i fra hva han finner mest opportunt.

Grunnet ovenstående argumentasjon er jeg kommet til at det avgjørende tidspunktet for gunstvurderingen må være hva som på avtaletidspunktet blir ansett å ha vært til forbrukerens gunst.

5.5 Ufravikelighetens tidsmessige virkeområde

Spørsmålet som skal behandles her er på hvilke stadier av kontraktsforholdet lovens ufravikelighet gjelder. Ordlyden i § 3 gir ikke holdepunkter for tolkning av det tidsmessige aspektet, og det blir derfor nødvendig å se i hvilken grad andre rettskildefaktorer uttaler seg om spørsmålet.

Av lovens forarbeider fremgår følgende:

”Lova er ikkje til hinder for at partane gjer avtale om verknadene av mishald, til dømes storleiken på skadebota, etter at tvisten er oppstått. Det er førehandsavtalar forbrukaren treng vern mot.”²⁹

Lovens ufravikelighet gjelder altså først og fremst ved forhåndsavtaler. Det er med andre ord på avtaleinngåelsestidspunktet lovgiver ønsker å beskytte forbrukeren mot å inngå ugunstige avtalevilkår. Samtidig som uttalelsen konstaterer at ufravikeligheten gjelder forhåndsavtaler, omtaler den også et annet tilfelle, nemlig konstatert mislighold. Uttalelsen i forarbeidene slår fast at fra dette tidspunktet av, når det altså er på det rene at det foreligger mislighold i lovens forstand, opphører lovens ufravikelighet å gjelde, og partene kan gyldig inngå avtaler som stiller forbrukeren dårligere enn lovens regler.

²⁹ NOU 1992:9 under særskilte merknader til § 1-2

Det er i vår rettskultur vanlig å se hen til om høyesterett har uttalt seg om spørsmålet som ønskes avklart. Med bakgrunn i vår generelle lovgivningsteknikk, har høyesteretts rolle blitt å avklare og til en viss grad skape rett. Det faktum at høyesterett dømmer i siste instans, og derfor også tolker i siste instans, medfører at deres forståelse av rettstilstanden er av betydelig relevans. Høyesterett har i Rt-2007-862 avsnitt 43 uttalt seg om spørsmålet:

”Forliksavtalen er et resultat av at det forelå mislighold ved oppfyllelsen, og gjelder partenes rettigheter og plikter i den forbindelse. Det følger av forarbeidene at lovens preseptoriske regler ikke vil gjelde for en slik avtale. Det innebærer at forbrukeren kan avtale andre og svakere virkninger av det misligholdet som har funnet sted, enn det som følger av loven.”

Roald Martinussen har på side 25- 29 i sin bok ”Avhendingsrett” fra 2007 konkludert med det motsatte. Han mener at ufravikeligheten ikke bare kan begrenses til forhåndsavtaler, men gjelder på alle stadiene i avtaleforholdet. Klare uttalelser i lovens forarbeider og uttalelser fra høyesterett har imidlertid rettskildemessig mer verdi enn juridisk teori. Det synes således naturlig å konkludere med at ufravikeligheten ikke gjelder ved konstatert mislighold.

Et tilfelle som ligger midt i mellom forhåndsavtaler og konstatert mislighold, er de tilfellene der misligholdet er under oppseiling. Partene ser altså på et gitt tidspunkt ut i kontraktsforholdet at det trolig vil komme til å inntreffe mislighold, og velger på dette tidspunktet å inngå avtalevilkår som anses å være dårligere for forbrukeren enn lovens normalløsning. Spørsmålet er om lovens ufravikelighet også er ment å omfatte slike mellomtilfeller, eller om partene her står fritt til å avtale det de måtte ønske.

Innledningsvis kan det argumenteres med at behovet for å beskytte den presumptivt svakere part først og fremst gjør seg gjeldende på avtaleinngåelsestidspunktet. På dette stadiet kan forbrukeren være redd for at det ikke vil komme i stand en avtale dersom han ikke godtar det alternative vilkåret. Ved mislighold under oppseiling inngås imidlertid

avtalevilkåret et stykke ut i kontraktsforholdet. Avtalen er med andre ord inngått, og presset på forbrukeren når det gjelder å få avtalen i havn er således ikke lenger til stede.

Et argument i samme retning er det faktum at partene, dersom loven skulle sperre for å inngå alternative løsninger ut i kontraktsforholdet, ofte kan oppnå det samme resultat ved å inngå endringsavtaler. Ta eksempelet nevnt i oppgavens innledning med fraskrivelse av dagmulkt, mot peis i stua og varmekabler på badet. En entreprenør, med tilstrekkelig kjennskap til buofl, vil i en slik situasjon se at han ved å inngå en endringsavtale med forbrukeren kan oppnå de samme rettsvirkningene som fraskrivelse av dagmulktskravet ville medført. Entreprenøren oppsøker forbrukeren med oppfordring om å godta en ny overtagelsesdato et stykke frem i tid, mot at entreprenøren setter inn peis i stua og varmekabler i boligen. Selv om forbrukeren i en slik situasjon ikke fraskriver seg retten til dagmulkt, han vil fortsatt ha krav på dagmulkt dersom den nye overtagelsesdatoen ikke overholdes, vil han i perioden mellom opprinnelig overtagelse og den nye overtagelsen ikke ha krav på en krone fra entreprenøren. Vi ser således at entreprenøren i en slik situasjon kan få forbrukeren med på en avtale der den nye overtagelsesdatoen settes så langt frem i tid at det reelt sett ikke er noen forskjell fra om dagmulktskravet hadde vært satt til side i sin helhet. Juridisk sett er det imidlertid ingen ting i veien for å inngå en slik endringsavtale. Buofl setter her ingen begrensninger. Det faktum at partene derfor enkelt kan oppnå samme resultat, altså at forbrukeren mister dagmulktskravet, kan brukes som argument for at partene bør ha anledning til å avtale alternative løsninger til de loven oppstiller og at derfor ufravikeligheten ikke bør anses å gjelde ut i avtaleforholdet.

En innsigelse mot at et slikt argument kan ha særlig vekt, er imidlertid det faktum at partene fra dag én ville hatt anledning til å avtale overtagelsesdatoen så langt frem i tid de bare ønsket. Loven setter ingen begrensninger for partene på dette punkt. Som sammenligning hadde det imidlertid ikke vært anledning for partene på avtaleinngåelsestidspunktet til å inngå en avtale om fraskrivelse av dagmulkt. Vi ser således at et argument av betydning er om forholdet kunne vært avtalt fra starten av eller ikke.

Det er også viktig å ha i mente at forbrukerens behov for beskyttelse også kan være til stede i tilfellene der misligholdet er under oppseiling. Selv om kontraktsforholdet har løpt for en periode, vil det kunne være vanskelig for forbrukeren å forstå omfanget og konsekvensene av avtalen entreprenøren prøver å få på plass. Dersom han i ettertid angrer, ville forbrukerbeskyttelsen blitt illusorisk dersom han i en slik situasjon skulle kunne bli møtt med innsigelsen om at han tross alt frivillig signerte avtalen. Det synes etter dette skjønnsomt å konkludere med at lovens ufravikelighet også gjelder ved mislighold under oppseiling. I tillegg til lovens ufravikelighet, vil forbrukeren sannsynligvis også kunne påberope seg avtaleloven § 36 i en slik situasjon.

Situasjonen beskrevet ovenfor kan imidlertid lenger ut i kontraktsforholdet ha eskalert seg, slik at det på et gitt tidspunkt er helt på det rene at mislighold kommer til å inntre. Det er ikke som ovenfor sannsynlig at mislighold vil inntre, det er nå sikkert og kun et spørsmål om tid. I slike tilfeller av antasert mislighold stiller situasjonen seg annerledes. På dette tidspunktet fremstår det for partene klart at det vil komme til å inntre mislighold, og situasjonen er således reell for forbrukeren. Én ting er å ta stilling til et hypotetisk spørsmål langt frem i tid, noe annet er å vurdere situasjonen når den er aktuell og i tidsmessig nærhet. Forbrukeren vil på dette tidspunktet være i stand til å se hvilke fordeler og ulemper en alternativ løsning til loven vil ha. Partene har med andre ord en helt annen forståelse og oversikt på dette tidspunktet, og betenkelighetene som gjør seg gjeldende på tidligere tidspunkter slår ikke til her.

Det er også et utslagsgivende moment at de omstendigheter som senere medfører at misligholdet inntre, på tidspunktet for det antaserte misligholdet allerede har oppstått. Det synes etter dette rimelig at avtalefriheten her må være den samme som når selve misligholdet er et faktum. Grunnet ovenstående drøftelse vil derfor lovens ufravikelighet opphøre å gjelde i situasjoner med antasert mislighold.

6 Lovens spillerom

Jeg vil i det følgende gå inn i utvalgte sentrale paragrafer i buofl, og se hvilket spillerom partene har til avtalefrihet etter disse bestemmelsene. Formålet med fremstillingen er ikke å gi en uttømmende behandling om avtalefrihet under hvert enkelt tilfelle, men heller å illustrere hvordan problemstillingen kan komme opp i ulike situasjoner.

6.1 Dagmulkt

Buofl § 10 regulerer tiden for entreprenørens utførelse av arbeidet. Det er opp til partene å fastsette ferdigstillelsesdato, og det er etter ordlyden i § 17 første ledd en eventuell oversittelse av dette tidspunktet fra entreprenørens side som utgjør forsinkelse i lovens forstand. En av konsekvensene som oppstår dersom entreprenøren ikke klarer å levere den avtalte ytelsen i tide er forbrukerens krav på dagmulkt, jfr. § 18 første ledd. Det fremgår av bestemmelsens ordlyd at forbrukeren har krav på dagmulkt for hver dag entreprenøren er i forsinkelse mht. den avtalte overtagelsesdatoen, begrenset oppad til 100 dager. Dagmulkt kommer i stedet for erstatning, og er ment å være en standardisert kompensasjon for tap og ulemper som forbrukeren er påført ved forsinkelsen. Det er særlig to hensyn lovgiver har lagt vekt på ved innføring av dagmulktbestemmelsen.³⁰ For det første trenger ikke forbrukeren å påvise noe økonomisk tap for å ha kravet i behold. For det andre vil et dagmulktkrav legge oppfyllelespress på entreprenøren. I tillegg fremhever forarbeidene at ordningen vil virke tvisteforebyggende ved at det blir enklere å fastlegge entreprenørens ansvar.³¹

Frem til vedtagelsen av buofl var det svært vanlig med dagmulktklausuler i avtalepraksis, men ordningen hadde aldri før vært lovfestet.³² Som nevnt er det flere hensyn som tilsier at dagmulkt er en gunstig ordning for forbrukeren. Å innta bestemmelsen i loven som en

³⁰ NOU 1992:9 punkt 2.4.4

³¹ NOU 1992:9 punkt 2.4

³² NOU 1992: 9 punkt 1.6.4

normalløsning synes derfor fornuftig. Det er imidlertid forskjell på å innta en løsning i en lov, og det å gjøre løsningen ufravikelig.

I visse situasjoner kan det fremstå som ønskelig for partene å inngå en avtale der lovens løsning om dagmulkt fravikes. Eksempelet beskrevet ovenfor, der partene ut i kontraktsforholdet ser det som sannsynlig at det vil inntre forsinkelse og inngår avtale om fraskrivelse av dagmulkt mot peis og varmekabler, kan brukes som illustrasjon. Avtalen går ut på at entreprenøren skal sette inn ekstra ressurser for å prøve å ta igjen forsinkelsen, og partene setter så en ny overtagelsesdato. Forbrukeren vil på denne måten sannsynligvis kunne flytte inn tidligere, alternativet er at entreprenøren på ubestemt tid blir forsinket mot dagmulktsskrav. Motstykket til entreprenørens ekstrainsats er at forbrukeren må fraskrive seg retten til dagmulkt, mot å motta varmekabler på badet og peis i stua. I praksis ser ofte både forbrukeren og entreprenøren seg bedre tjent med en slik avtale enn det alternativet loven legger opp til. Spørsmålet er imidlertid om det juridisk sett er adgang til å inngå en slik avtale.

Eksempelet viser at partene i den aktuelle situasjonen tidsmessig befinner seg ut i kontraktsforholdet, men ikke på stadiet av antasert eller aktuelt mislighold. Lovens ufravikelighet gjelder med andre ord, og partene kan altså ikke avtale vilkår som er dårligere for forbrukeren enn det som følger av loven. Spørsmålet som skal drøftes i det følgende blir derfor om den alternative løsningen kan anses å være til forbrukerens gunst.

Ordningen skissert ovenfor kan fremstå som positiv for begge parter. For forbrukeren kan tidligere innflytting, varmekabler på bad og peis være verdt mer enn et dagmulktsskrav. Særlig vil nettopp ønske om rask innflytting stå sentralt. Dagmulktsskrav er én ting, noe annet er problemene som oppstår når den gamle boligen er solgt og forbrukeren plutselig står uten et sted å bo. Ikke bare praktiske forhold, men også ønsket om å innrede den nye boligen og planene om å tilbringe den første julen der kan være et initiativ som gjør at forbrukeren er villig til å strekke seg langt for å overta så raskt som mulig. Den alternative ordningen vil kunne gi forbrukeren en tidligere innflytting, i motsetning til at entreprenøren

blir forsinket på ubestemt tid, dog med krav på dagmulkt. I tillegg til tidsaspektet vil det faktisk at forbrukeren mottar ekstraytelser kunne fremstå som attraktivt. Det vil for forbrukeren gjerne bli dyrt og upraktisk å skulle få utført noe slikt etter at byggingen er ferdig. Arbeidet vil innebære at flisene må pigges opp for å legge varmekabler, og det må settes inn pipe i boligen for å få utløp til peisen. Forbrukeren vil derfor kunne få mer ut av å frasi seg retten til dagmulkt, mot heller å motta slike tilleggsytelser. Fra entreprenørens ståsted vil innleggelse av ekstraytelser ikke nødvendigvis utgjøre så mye fra eller til dersom de utføres i direkte tilknytning til selve byggeprosessen. Dersom entreprenøren får gjennomslag for en slik alternativ avtaleinngåelse ovenfor samtlige forbrukere i samme byggeprosjekt, vil det også trolig koste mindre enn et eventuelt samlet dagmulktskrav. Dagmulktskrav i store byggeprosjekter kan bli svært kostnadskrevende for entreprenøren. Vi står i et slikt tilfelle altså ovenfor en win-win situasjon for begge parter, noe som kan tale for at løsningen er til forbrukerens gunst. Også hensynet til forbrukerens behov for spesialtilpassede løsninger, effektivitet i kontraktsforhold og ønsket om å oppnå det samfunnsøkonomisk mest hensiktsmessige taler for at partene bør ha anledning til å inngå en slik avtale.

Et argument i motsatt retning er imidlertid det faktum at vi her er i kjernen av det lovgiver ønsket å beskytte forbrukeren mot, nettopp misligholdstilfellene. Når det er innført en normalløsning om dagmulkt for forbrukeren, er det fordi situasjonene er nøye gjennomgått av lovgiver. Alternative løsninger er sett på, og lovgiver har kommet til at det mest lønnsomme for forbrukeren er ordningen med dagmulktskrav. Dette er et argument i retning av at en alternativ løsning, selv om den der og da kan fremstå fristende, sannsynligvis ikke vil stille forbrukeren gunstigere enn det dagmulktskravet vil.

I samme retning taler det argument at det vil kunne fremstå som lite gunstig for en forbruker å fraskrive seg dagmulktskravet uten eksakt å vite hvilke konsekvenser dette vil medføre. I og med at misligholdet på avtaletidspunktet enda ikke har inntrådt, vil det være vanskelig å forutse hva det eventuelle dagmulktskravet eventuelt ville ha endt på.

Drøftelsen ovenfor illustrerer at det, til tross for at loven er gjort ufravikelig, fortsatt er rom for avtalefrihet. Forutsetningen er imidlertid at løsningen er til forbrukerens gunst. Det er argumenter både for og imot å godta en alternativ løsning som beskrevet ovenfor. Avgjørelsen må tas konkret i hvert enkelte tilfelle, der det avgjørende er hva som på avtaletidspunktet objektivt sett fremsto som mest gunstig for forbrukeren.

6.2 Rimelig fremdrift

Partene står etter loven fritt til å avtale hvilken frist som skal gjelde for utførelsen av arbeidet. På dette punkt åpner loven for avtalefrihet. I de tilfellene avtalen er taus mht. overtagelsesdato, har lovgiver imidlertid sett det som nødvendig å beskytte forbrukeren mot uheldige situasjoner. Det er derfor tatt inn en formulering i buofl § 10 tredje ledd som sier at entreprenøren skal ta til med arbeidet snarest mulig etter at forbrukeren har sagt ifra om det. Arbeidet skal deretter utføres ”med rimeleg framdrift og utan unødig avbrot”.

Det kan imidlertid tenkes tilfeller der partene ønsker å fravike lovens krav om rimelig fremdrift. Forbrukeren har for eksempel ikke ubegrenset med penger, slik at det økonomiske aspekt ved avtalen for ham står sentralt. Forbrukerens ønske er med andre ord å få utført arbeidet så rimelig som mulig, uavhengig av tidsperspektivet på utførelsen. Forbrukeren formidler dette til entreprenørfirmaet, som sier at forbrukeren kan få det billigere forutsatt at de i perioder kan prioritere andre byggeprosjekter. Forbrukeren er fornøyd med en slik løsning, og partene velger å inngå en avtale basert på denne forståelse. Det kan hevdes at en streng fortolkning av lovens ufravikelighet kan sperre for en slik avtale, da kompromisset kan anføres å stride mot forutsetningen om ”rimeleg framdrift”. Spørsmålet som i det følgende skal drøftes er imidlertid om dette blir en riktig forståelse av lovens ufravikelighet.

Et argument for at den alternative avtalen skissert ovenfor ikke bør kunne tillates, er det faktum at ferdigstillelsen i så fall kan ende opp med å trekke lenger og lenger ut i tid. Dersom loven skulle åpne for en løsning med billigere pris mot at entreprenøren kan

prioritere andre oppdrag fremfor forbrukerens, kan forbrukeren risikere å bli totalt nedprioritert og glemt. Dersom det i et slikt tilfelle skulle oppstå tvist mellom partene, og loven tolkes slik at avtalen står seg i forhold til lovens ufravikelighet, vil det avgjørende imidlertid bli hva som ligger i det avtalte vilkåret etter en naturlig språklig forståelse. I et slikt tilfelle vil trolig en domstol komme til at entreprenøren, selv om de i enkelte tilfeller kan prioritere andre prosjekter foran, likevel må sørge for å utføre arbeidet for forbrukeren. Entreprenøren har tross alt forpliktet seg til å oppføre boligen, og dette kan han ikke komme unna. Slik ser vi altså at forbrukeren likevel vil kunne påberope seg rettigheter, nå etter den alternative bestemmelsen. Det er altså ikke slik at forbrukeren, ved å inngå den alternative løsningen, blir stående totalt uten rettslig beskyttelse.

Som nevnt tidligere i oppgaven kan ikke et vilkår som er til forbrukerens ugunst, og derfor i strid med lovens ufravikelighet, godtas under det synspunkt at det oppveies av et vilkår et annet sted i avtalen som stiller forbrukeren i en gunstigere situasjon. I utgangspunktet vil derfor det hensyn at forbrukeren får oppføringen billigere ikke kunne veie opp at forbrukeren stilles dårligere på et annet område. Når det gjelder § 10 tredje ledd er imidlertid formuleringen ”rimeleg fremdrift” valgt. Ordvalget ”rimelig” synes å legge opp til en rimelighetsvurdering av hva som tidsmessig fremstår som forsvarlig. I en slik helhetsvurdering vil flere momenter kunne komme inn, også det faktum at forbrukeren har fått oppføringen til en rimeligere pris. Dette vil nettopp være et moment som gjør den sene fremdriften rimelig.

Det fremgår av lovens forarbeider at det er ønsket om å beskytte forbrukeren mot dårlig behandling fra entreprenørens side som er bakgrunnen for bestemmelsen. Det står blant annet at ”forbrukaren treng ikkje finne seg i at entreprenøren avbryt arbeidet for å prioritere andre oppdrag. Det er entreprenøren som skal syte for at oppdragsmengda er tilpassa arbeidsstokk og maskiner.”³³ Dette har gode grunner for seg. Forbrukeren kunne i motsatt fall risikert å bli nedprioritert, uten å ha noe særlig å stille opp med ovenfor entreprenøren.

³³ NOU 1992:9 under særskilte merknader til § 2-4

Det er imidlertid viktig å se at tilfellet med lavere pris mot senere ferdigstillelse er en annen situasjon enn der entreprenøren misbruker forbrukerens tid. I den rimelighetsvurderingen loven legger opp til, vil nettopp et moment her være at forbrukerens ønske og behov er å la entreprenøren bruke den tiden som er nødvendig, mot å få det billigere. Det gis full informasjon partene imellom om forholdet, og de går begge inn i avtalen med åpne øyne. Det foreligger ingen form for misforhold mellom det forbrukeren betaler og det han får, og tilfellet forarbeidene ønsker å unngå med entreprenøren som ikke tar forbrukeren på alvor slår således ikke til her.

Et annet argument i retning av å tillate partene å inngå en alternativ avtale som skissert ovenfor, er det gjennomgående og underliggende hensyn om at loven er ment å være i forbrukerens interesse. Det faktum at loven legger opp til en rimelighetsvurdering ved bruk av ordet ”rimeleg fremdrift” taler for at hensynet til hva som er i forbrukerens interesse bør tillegges vekt. Dersom det er på det rene at det vil være i favør av forbrukeren at partene inngår avtale om lavere pris mot senere fremdrift, synes det å være et moment for at fremdriften anses ”rimeleg” i lovens forstand.

Avslutningsvis vil det faktum at loven kan omgås i motsatt tilfelle være et argument av betydning. § 10 tredje ledd om rimelig framdrift gjelder etter ordlyden kun dersom partene ikke har avtalt overtagelsesdato. Dersom partene har fastsatt en overtagelsesdato er altså det sentrale at denne skal overholdes, uavhengig av rimelig fremdrift. Sett på denne måten kan altså partene omgå regelen om rimelig fremdrift ved å sette en overtagelsesdato usannsynlig lagt fram i tid.

Ovenstående argumentasjon taler for å tolke loven dit hen at partene har tilgang til å inngå en avtale om senere fremdrift mot lavere vederlag.

6.3 Formulering av overtagelsesklausuler

Utgangspunktet ved vurderingen av hvorvidt entreprenøren er i forsinkelse, tas som tidligere nevnt i overtagelsesdatoen som fremkommer av kontrakten. En klar og utvetydig overtagelsesdato vil derfor enkelt bringe forbrukerens rettsstilling på det rene. Følgende formulering kan trekkes frem som eksempel:

”Boligen skal være fullført og klar for overtakelse innen 15. juni 2005.”³⁴

Dersom entreprenøren her overleverer boligen 16. juni 2005 foreligger det forsinkelse i lovens forstand, og forbrukeren har krav på dagmulkt for én dag.

Mange utbyggingsprosjekter er imidlertid preget av tidsmessig usikkerhet. I et slikt tilfelle vil det typisk være to forhold som står sentralt ved utarbeidelse av kontrakten: For det første bør avtalen utformes med tanke på å være attraktiv for potensielle forbrukere. Det bør derfor gis informasjon som indikerer når prosjektet er antatt å stå ferdig. For det andre vil det være viktig for utbygger å ha en fleksibel avtaleformulering dersom forutsetninger skulle forandre seg underveis i prosessen. Dette er bakgrunnen for at utbyggere ofte velger overtagelsesklausuler som er vagt formulert. Tidspunktet for overtakelse kan for eksempel fremgå på følgende måte:

”Etter nærmere avtale. Antatt 1. kvartal 2009”

”Eiendommen planlegges ferdigstilt antatt første halvdel av 2010”

Den siste tiden har det i media vært flere eksempler på rettstvister rundt kontraktens utforming av overtagelsesdato. Senest 13. november 2008 var det en artikkel i Dagens Næringsliv om at boligkjøpere i prosjektet Nye Major i Oslo nå vurderer å gå til

³⁴ Bech (2005)

gruppesøksmål³⁵ basert på forsinkelser i forhold til kontraktens overtagelsesdato. Det foreligger imidlertid uenighet mellom partene hvorvidt det overhode foreligger forsinkelse i lovens forstand. Utbygger hevder at den angitte overtagelsesdatoen i kontrakten kun var av veiledende art, og at det eksplisitt var presisert i avtalen at tidspunktet ikke er bindende. Forbrukerne er imidlertid av den oppfatning at tidsangivelsen er av absolutt karakter.

Problemstillingen kan formuleres som et generelt spørsmål om vage formuleringer medfører forsinkelsesvirkninger dersom oversittelse inntreffer, eller om de kun er ment som en indikator.

På den ene siden vil de være et argument at mange forbrukere synes å lese generelle tidsangivelser som absolutte frister, slik at de tror de har krav på overtagelse i overensstemmelse med den antatte ferdigstillingen skissert i kontrakten. Når det senere viser seg at prosjektet blir utsatt, blir de overrasket over at det i det hele tatt oppstår spørsmål knyttet til hvorvidt de har krav på dagmulkt. Etter deres forståelse av kontrakten er entreprenøren i forsinkelse, noe som uten videre skulle medført dagmulktkrav. Forbrukerens behov for forutberegnelighet og forbrukervern kan derfor tilsi at formuleringene bør medføre rettsvirkninger.

Kåre Lilleholt har imidlertid en uttalelse som går i motsatt retning:

”Er dei avtala fristane svært vage, kan ein måtte falle tilbake på reglene i tredje ledd i paragrafen her”³⁶

Lilleholt mener altså at den avtalte fristen i tilfeller av utpreget vaghet kan bli satt til side, der det avgjørende for vurderingen blir om arbeidet er utført med rimelig fremdrift. En slik oppfatning synes å ha gode grunner for seg. Det er vanskelig å knytte rettsvirkninger til et tidspunkt som ikke er av konkret art og absolutt utformet. Én ting er at tidsmessige

³⁵ Ny prosessform som følger av tvisteloven § 35-1 følgende

³⁶ Lilleholt (2008) note 41

antagelser og overslag kan gi forbrukeren forventninger. Noe annet er imidlertid om disse forventningene anses berettiget. Det er svært vanlig i eiendomsbransjen med antatte ferdigstillelsesdatoer. Prosjektene starter gjerne opp uten de nødvendige godkjennelsene fra kommunen, slik at det for entreprenøren på kontraktsinngåelsestidspunktet vil være mer eller mindre umulig å angi konkret til hvilken dato prosjektet vil stå ferdig. Entreprenøren velger derfor å angi en dato som overslag, uten at meningen er at tidspunktet skal være bindende. Med dette som bakgrunn kan det synes uheldig å knytte misligholdsvirkninger til slike angivelser.

Det er også viktig å ha i mente at det faktum at tidsangivelsene ikke anses bindende, ikke medfører at entreprenøren kan bruke så lang tid han vil. Kravet om rimelig fremdrift etter § 10 tredje ledd gjør seg fortsatt gjeldende. Det synes derfor rimelig å konkludere med at formuleringene, for å ha misligholdsvirkninger, må være av konkret art og egnet til å gi forbrukeren en berettiget forventning om reell innflytting.

Fra et forbrukerperspektiv, og med hensynet til forutberegnelighet i mente, kan det være ønskelig å ha konkrete datoer å forholde seg til. Utbyggers ønske om fleksibilitet medfører imidlertid, som fremstillingen ovenfor viser, at formuleringene ofte blir gjort romslige. Som en mellomløsning har det blitt vanlig med klausuler der bindende overtagelsesdato først gis x antall uker/måneder før ferdigstilling:

”Overtagelsesmåned vil bli varslet Kjøper ca. [...] måneder før antatt overtagelse. Kjøper aksepterer at endelig overtagelsesdato først vil bli gitt med [...] ukers skriftlig varsel fra Selger. Kopi av varselet skal sendes til Megler.”³⁷

Eksempelet viser at det kun er en slik endelig overtagelsesdato, videreformidlet forbruker x antall uker før ferdigstilling, som er ment å være bindende etter buofl § 10 første ledd. Det kan stilles spørsmålsteget ved om loven tillater en slik variant av fristfastsettelse. Som vi har sett tidligere, åpner imidlertid loven for avtalefrihet når det gjelder partenes fastleggelse

³⁷ Bech (2005)

av overtagelsesdato. Det knyttes rettsvirkninger opp mot tidspunktet partene avtaler, men loven er taus når det gjelder hvordan selve tidspunktet skal fastsettes. Det står kun: ”Entreprenøren skal overhalde fristar som er avtalte for overtaking”³⁸ og ”Ytinga er forseinka dersom overtaking ikkje kan skje til den tida forbrukaren har rett til å krevje etter §§ 10 og 11”.³⁹ Betyr dette at partene kan formulere seg slik som de ønsker når det gjelder selve fastsettelsen av tidspunktet? Og er det opp til partene å bestemme om den endelige overtagelsesdatoen formidles forbrukeren 8 måneder, 2 måneder eller 3 uker før selve overtagelsen? I og med at loven åpner for avtalefrihet på dette punkt, må utgangspunktet her være at partene står fritt til avtaleformuleringer. Det er imidlertid viktig at ordvalget fremstår som utvetydig slik at forbrukeren forstår konsekvensene av avtalens formulering.

En annen nyanse innenfor overtagelsesklausuler, er de tilfellene der det tas forbehold knyttet til selve overtagelsestidspunktet. Overtagelsen settes for eksempel i utgangspunktet til 8. august 2008, med forbehold om utsatt ferdigstilling dersom kommunens igangsettelsestillatelse tar lenger tid en forutsatt. Dersom forbeholdene viser seg å inntreffe, altså at kommunens saksbehandlingstid drøyer ut i tid, vil oversittelse av den angitte overtagelsesdatoen ikke medføre forsinkelsesvirkninger. Dette forutsetter imidlertid at forbeholdet er innenfor det lovens ufravikelighet tillater.

Spørsmålet som i det følgende skal behandles, og linken til oppgavens problemstilling, er hvordan avtalen må være utformet for at utbygger skal kunne påberope seg slike eventuelle forbehold som argument for at det ikke foreligger forsinkelse i lovens forstand.

Rettsvirkningen av at forbeholdet står seg, er at det angitte overtagelsestidspunktet faller bort. Det avgjørende for om det foreligger forsinkelse etter buofl vil fra dette tidspunktet være om arbeidet er utført ”med rimeleg framdrift og utan unødig avbrot” etter § 10 tredje ledd.

³⁸ Jfr. § 10 første ledd

³⁹ Jfr. § 17 første ledd

Et eksempel fra rettspraksis der utbygger har påberopt seg forbehold knyttet til kontraktens overtagelsesdato som argument for at det ikke foreligger forsinkelse, er LB-2006-158917. I kontrakten var det fastsatt at boligene skulle "være fullført og klar til overtakelse senest 19. desember 2004, forutsatt byggestart mai 2004." Manglende igangsettelsestillatelse fra kommunen førte imidlertid til utsatt byggestart, slik at overtakelse først skjedde 10. august 2005 for ett byggetrinn og 1. desember 2005 for et annet byggetrinn. Forbrukerne hevdet det forelå forsinkelse i lovens forstand, men lagmannsretten kom til det motsatte resultat. Nedenfor følger en gjennomgang av lagmannsrettens resonnement. Redegjørelsen er interessant for å forstå hvilket spillerom partene har til å innta slike forbehold i kontrakten, og for å se hvilke eventuelle konsekvenser forbehold knyttet til overtagelsestidspunktet medfører for partene.

Innledningsvis påpeker lagmannsretten det faktum at formuleringen om overtakelse senest 19. desember 2004, "forutsatt byggestart mai 2004" er tatt inn under overskriften "Utbyggerens/Entreprenørens tidsfrister". Dette kan gi inntrykk av at formuleringen er ment å gi forbrukeren en faktisk opplysning om dato for byggestart. Kåre Lilleholt støtter dette synet i sin rådgivende uttalelse gjengitt i dommen.

På den andre siden framgår det av lagmannsrettens redegjørelse at overtagesklausulen "må tolkes og ses i sammenheng med resten av avtaleforholdet mellom partene." Det blir vist til et punkt i kontrakten som har overskriften "Forbehold", der det tas "Forbehold om igangsettingstillatelse fra Hol kommune." I tillegg er det i et av kontraktens bilag inntatt følgende forbehold:

"Det forutsettes at bebyggelsesplanen godkjennes av Hol kommune før prosjektet blir igangsatt. Denne bestemmelsen kan medføre endringer i oppstart og ferdigstilling".

Lagmannsretten ser det som mest nærliggende å forstå ordlyden "slik at utbyggeren har tatt et uttrykkelig *forbehold* om at ferdigstilling 19. desember 2004, er *betinget av* at byggestart kan skje innen mai 2004." Videre legger lagmannsretten vekt på at utbyggingen

fortsatt var på prosjektstadiet ved avtaleinngåelsestidspunktet. Det forelå på dette tidspunktet ingen kommunale tillatelser til oppføring av boligene, og lagmannsretten anser det som ”nærliggende og forståelig at utbygger i denne situasjonen ønsket å ta forbehold om at angitt dato for innflytting i leilighetene var betinget av at kommunale tillatelser ble gitt”.

Lagmannsretten konkluderte etter dette med at overtagelsesklausulen måtte forstås som et forbehold om at innflytting 19. desember 2004 var betinget av at byggestart skjedde innen mai 2004. Videre ble det tatt stilling til hvilke konsekvenser et slikt forbehold har.

Det ble innledningsvis påpekt at kontrakten knytter forbeholdet opp mot begrepet ”byggestart”, og at dette er problematisk da begrepet ikke har noe klart innhold. Det kan, som lagmannsretten poengterer, være ment å betegne oppstart av gravearbeid. Eventuelt kan partene ha ment tidspunktet selve oppføringen av bygningen tar til. Lagmannsretten konkluderer med at forbeholdet må knyttes til det tidspunkt oppføringen av bygningene tok til, altså etter at igangsettingstillatelse for byggearbeidene forelå. I denne saken mottok utbygger både igangsettelsestillatelse for graving og for bygging etter mai 2004. Distinksjonen vil således ikke ha så stor betydning, da utbygger i mai 2004 uansett ikke ville hatt rettslig adgang til å sette i gang med arbeidet. Gjør vi imidlertid om eksempelet slik at gravetillatelsen ble gitt i april 2004, mens byggetillatelsen ble gitt i oktober 2004, vil tolkningen av ordet ”byggestart” få avgjørende betydning. Vi ser derfor viktigheten av å formulere seg entydig dersom et slikt forbehold inntas i en kontrakt.

Lagmannsretten konkluderer deretter med at forbeholdet i kontrakten kan påberopes av utbygger.

”De omstendighetene som førte til forsinkelsene i byggearbeidene, ligger etter rettens vurdering innenfor det forbeholdet som er tatt fra Samlaft sin side”.

Manglende igangsettingstillatelse faller inn under forbeholdet, og kontraktens antatte ferdigstillelsesdato blir derfor satt til side. I tilfeller der partene ikke har avtalt

overtagelsesdatoer, slik saken her nå blir, er det avgjørende for vurderingen av forsinkelse hvorvidt arbeidet er utført ”med rimeleg framdrift og utan unødig avbrot” etter § 10 tredje ledd. Lagmannsretten konstaterte raskt at dette vilkåret var oppfylt. Det forelå altså ikke forsinkelse i lovens forstand, og forbrukeren hadde følgelig ikke krav på dagmulkt.

I lagmannsrettsavgjørelsen skissert ovenfor fremgikk det flere steder i kontrakten og dens vedlegg at forbeholdet om byggestart var knyttet opp mot igangsettelsestillatelse fra kommunen. Det kan imidlertid tenkes eksempler der det i kontrakten kun er inntatt et generelt forbehold, og der det ikke fremgår uttrykkelige spesifiseringer andre steder i kontrakten. Alt som står knyttet til forbehold er: ”Overtagelse 20. desember 2008, forutsatt byggestart april 2008.” La oss for eksempel si at entreprenøren i dette kontraktsforholdet ikke kom i gang med byggingen april 2008. Bakgrunnen for dette var at entreprenøren i april ikke så det som tjenelig å starte igangsettelsen. Entreprenøren prioriterte andre prosjekter, og lot byggingen stå på midlertidig vent. I et slikt tilfelle vil det ikke foreligge forhold utenfor entreprenørens kontroll⁴⁰ som medfører rett til fristforlengelse. Dersom det senere inntreffer forsinkelse, vil entreprenøren derfor påberope seg kontraktens ordlyd som argument for at det ikke foreligger forsinkelse i lovens forstand, nærmere bestemt at det var en forutsetning for overtagelse 20. desember at byggingen kom i gang i april. Et interessant spørsmål er om entreprenørens generelle forbehold i en slik situasjon vil stå seg.

Forbeholdet tatt i kontrakten som var tema for lagmannsrettens avgjørelse hadde en tilsvarende formulering:

”Boligen skal være fullført og klar for overtakelse senest 19 desember 2004, forutsatt byggestart mai 2004”

Forbeholdet var også her av generell art. Lagmannsretten reiste imidlertid ikke spørsmålet om det er adgang til å innta et slikt generelt forbehold. De valgte i stedet å knytte spørsmålet opp mot uttalelser andre steder i kontrakten og dens bilag der det var tatt

⁴⁰ Jfr. § 11 første ledd litra c

forbehold om igangsettelsestillatelse fra kommunen, og det fremgår at de tolket det generelle forbeholdet i nær tilknytning til disse. Dersom Lagmannsretten hadde vært at den oppfatning at et generelt forbehold om byggestart mai 2004 hadde stått seg, altså der det avgjørende for om overtagelsesdatoen hadde misligholdsvirkninger eller ei var om byggestart hadde funnet sted før eller etter mai, hadde det ikke vært nødvendig å gå inn i en detaljert drøftelse om den manglende igangsettelsestillatelsen fra kommunen. Det avgjørende skulle i så fall ha vært at byggestart ikke fant sted i mai 2004, og at forbeholdet derfor slo til. Det faktum at lagmannsretten bruker en hel A4 side på å vise alle steder i kontrakten der forbehold om manglende igangsettelsestillatelse var nevnt, synes å indikere at de ikke anser forbeholdet i tilknytning til overtagelsesdatoen i seg selv å være nok.

Det er grunn til å tro at forbeholdet i saken for lagmannsretten sto seg fordi det andre steder i kontrakten var nevnt forbehold om igangsettelsestillatelse uttrykkelig. Hadde kontrakten vært taus ellers, og det hadde inntrådt et forhold som lå innenfor entreprenørens kontroll som for eksempel ren forglemmelse av å sette i gang arbeidet, er det lite trolig at lagmannsretten hadde kommet til at det ikke forelå forsinkelse. En begrunnelse måtte i så fall vært at bygging ikke tok til innen mai 2004, og at overtagelsestidspunktet angitt i kontrakten var gitt under forutsetning av oppstart i mai. Dersom det var anledning til å innta slike generelle forbehold vil det kunne sies å stride mot lovens forbrukerbeskyttelse. Det faktum at vi her er på buofl område tilsier at eventuelle forbehold fra overtagelsesdatoen bør fremkomme klart og spesifisert. I samme retning taler også hensynet til forutberegnelighet for forbrukeren, og viktigheten av at forbrukeren forstår rekkevidden og konsekvensen av avtalen han går inn på. Det synes derfor naturlig å kreve at forbehold om byggestart er knyttet opp mot noen konkrete og ikke gis på generelt grunnlag. I motsatt fall vil entreprenøren kunne omgå overtagelsestidspunktet totalt og uthule lovens forbrukerbeskyttelse når det gjelder å gi tidspunktet rettsvirkninger.

I eksempelet som var oppe for lagmannsretten, var årsaken til utsatt byggestart at det manglet igangsettelsestillatelse fra kommunen. Dersom det ikke noen steder i kontrakten hadde vært inntatt forbehold om et slikt forhold, ville entreprenøren i utgangspunktet vært i

forsinkelse. Som det imidlertid vil bli redegjort for under, vil entreprenøren likevel ikke anses å være i forsinkelse dersom det inntrer forhold som anses å ligge utenfor hans kontroll. Manglende igangsettelsestillatelse fra kommunen ville trolig blitt sett på som et slikt forhold. Vi ser således at forholdet som inntraff i lagmannsrettsavgjørelsen, også uten forbeholdet, trolig ville gitt entreprenøren rett til tidsforlengelse. Forbeholdet ga sånn sett ikke entreprenøren krav på noe mer enn han ellers ville hatt etter loven – dog med forbehold om enklere bevisførsel. Det kan derfor stilles spørsmål ved om forbeholdet hadde stått seg dersom det var knyttet til en omstendighet som etter loven anses å ligge innenfor entreprenørens kontroll. Altså slik at forbeholdet hadde gitt entreprenøren mer enn han etter loven har krav på. Følgende formulering kan brukes som eksempel: ”Boligen overtas 25. november 2008, forutsatt at entreprenøren har stor nok arbeidsstokk” Ville et slikt forbehold stått seg? I så fall ville overtagelsesdatoen den 25. november falt bort, og det avgjørende ville vært kravet om rimelig fremdrift. Et annet eksempel, der problemstillingen også er hvorvidt loven setter grenser for hva slags forbehold tilknyttet overtagelsesdatoen det er anledning til å sette, er følgende formuleringer:

”Oppstart av prosjektet er avhengig av et samlet salg på 70 %. Det er forventet ca. 14-18 mnd. byggetid etter byggestart. Planlagt byggestart er sommer 2007”.

Og videre:

”Dersom det ikke er oppnådd 70% salg av byggetrinn 1 innen planlagt byggestart sommer 2007, kan dette medføre at byggestart utsettes. Det tas derfor forbehold om at forventet overtakelse kan bli forskjøvet uten at dette medfører en forsinkelse med dertil krav på misligholdsbeføyelser fra kjøperen”.⁴¹

Fra media ser vi flere eksempler der utbyggingsprosjekter enten er utsatt eller lagt på is på ubestemt tid grunnet liten interesse for leilighetene. Har utbygger anledning til å innta slike forbehold? Oppgavens ordgrense tillater dessverre ikke en behandling av spørsmålet. Det

⁴¹ Privatmegleren (2006)

er likevel interessant å reise problemstillingen, da den illustrerer enda et spørsmål som reiser seg innenfor lovens ufravikelighet.

6.4 Kontrollansvar og adgangen til å innta forbehold i kontrakten

I desember 2006 var det betongmangel på Østlandet, og ventetiden på betongelementer var hele åtte måneder.⁴² Situasjonen medførte forsinkelse fra entreprenørens side, og spørsmålet var om det følgelig forelå mislighold i lovens forstand. Utgangspunktet etter buofl er som vi har sett at det foreligger forsinkelse dersom overtagelsestidspunktet ikke overholdes.⁴³ Etter dette skulle entreprenøren være i mislighold dersom han ikke klarte å overholde den avtalte overtagelsesdatoen grunnet betongmangel.

Loven har imidlertid innført reglene om kontrollansvar, noe som innebærer at entreprenøren likevel i visse tilfeller har krav på tidsforlengelse uten å være i mislighold. Bestemmelsen, som er inntatt i lovens § 11 første ledd litra c, lyder som følger:

”Entreprenøren kan krevje lenging av avtalte fristar dersom arbeidet blir seinka på grunn av ei hindring utanfor entreprenørens kontroll, og det ikkje er rimeleg å vente at entreprenøren kunne ha rekna med hindringa på avtaletida, eller at entreprenøren skal unngå eller overvinne følgjene av hindringa.”

Vi ser altså at betongmangelen må anses å ligge utenfor entreprenørens kontroll dersom han skal ha krav på tilleggsfrist. Dette er imidlertid ikke nok. Selv om betongmangel anses å være utenfor entreprenørens kontroll, vil entreprenøren være i forsinkelse dersom han ikke også oppfyller lovens tilleggsvilkår. Det må ikke ha fremstått som rimelig å vente at entreprenøren kunne ha regnet med hindringen på avtaletiden. Sagt på en annen måte: Dersom entreprenøren kunne ha tatt betongmangelen i betraktning på avtaletidspunktet, vil han ikke ha krav på tilleggsfrist og altså være i forsinkelse.

⁴² HegnarOnline (2006)

⁴³ Jfr. buofl § 17 første ledd

Det er to måter entreprenøren kan ta en mulig hindring i betraktning på avtaletidspunktet. Han kan for det første innse sannsynligheten for at hindringen kan inntre, og ta dette i vurdering ved fastsettelse av overtagelsesdatoen. Entreprenøren skal for eksempel bygge hytter på fjellet, og ser det som mulig at frost og snøvær kan føre til vanskelige byggeforhold. Han tar dette i betraktning ved tidsberegningen, og legger på en måned mer enn tenkt slik at overtagelsesdatoen settes lenger frem i tid. En annen måte for entreprenøren å ta hindringen i betraktning på er de tilfellene der entreprenøren ser at det kan inntreffe forhold som gjør at maskinene går i stykker, sykdom på arbeidsplassen og så videre. Slike forhold, som det er rimelig å vente at entreprenøren kunne forutsett på avtaletidspunktet, kan han unngå at inntreffer ved å kjøpe inn reservedeler og passe på alltid å ha en stor nok arbeidsstokk.

Eksempelet med betongmangel stiller seg imidlertid litt annerledes. Etter lovens ordlyd kan det godt tenkes at betongmangel er noe entreprenøren burde ha regnet med på avtaletidspunktet. Det har for eksempel vært antydninger i markedet som har indikert at det om kort tid vil kunne bli mangel på betong. Likevel er det vanskelig å tenke seg konkrete tiltak entreprenøren kunne gjort for å bøte på dette. Å sette overtagelsesdatoen lenger ut i tid er vanskelig, uten noen konkrete holdepunkter for hvor lang forsinkelse en eventuell betongmangel kan føre med seg. Å forvente at entreprenøren på avtaletidspunktet skal starte å hamstre betong er også lite praktisk. Dersom dette er entreprenørens eneste muligheter, må han eventuelt la være å gå inn i kontraktsforholdet. I motsatt fall vil han i ettertid kunne bli møtt med at han ikke har krav på tilleggsfrist, under synspunktet at forholdet var noe han kunne ha forutsett på avtaletidspunktet.

Det kan imidlertid tenkes en alternativ utvei. For det å skulle ta noe i betraktning på avtaletidspunktet, kan anses som en åpning til å innta forbehold i kontrakten om den eventuelle omstendigheten. Entreprenøren ser det som en mulighet at det kan inntreffe betongmangel, så han velger å innta et forbehold i kontrakten direkte knyttet til betongmangel. I så fall kan det anføres at han tok forholdet i betraktning på avtaletidspunktet. Det er her linken til oppgavens tema om partenes avtalefrihet kommer

inn. Loven er i sin helhet gjort ufravikelig. Spørsmålet blir derfor om partene har adgang til å innta slike forbehold i kontrakten, eller om en spesifisering av hindringsgrunner blir ansett for å være i strid med lovens ufravikelighet.

Et eksempel fra praksis på en slik formulering i en avtale er:

”Det tas videre forbehold om endelig godkjenning av prosjektet og prosjektets nærmere utforming i Tromsø kommune. Det tas i denne anledning forbehold om utsatt byggestart og derav forsinket ferdigstillelse ved unormal lang kommunal saksbehandlingstid. Dette gir ikke grunnlag for beføyerelser fra kjøper.”⁴⁴

Dersom slike forbehold står seg, og forutsatt at forholdet anses å ligge utenfor entreprenørens kontroll, vil virkningen være at forbrukeren ikke har krav på dagmulkt. Vi er altså innenfor misligholdstilfellene, og som vi har sett tidligere fremgår det av lovens forarbeider at det nettopp er på misligholdsvirkningenes område lovgiver ønsket å beskytte forbrukeren mot dårligere avtalevilkår. Med dette som bakgrunn kan det anføres at vi ved problemstillinger knyttet til kontrollansvar er i selve kjernen av lovens ufravikelighet. Hvis man inntar forbehold vil konsekvensene være at forbrukeren mister kravet sitt på dagmulkt, altså en misligholdsvirkning. Det å innta forbehold kan ut i fra denne synsvinkelen derfor ses på som å blande seg inn i ufravikeligheten i kontrollansvaret.

Uttalelsene i lovens forarbeider trekker imidlertid i retning av at det først og fremst er forbrukerens rettsstilling når misligholdet først er et faktum lovgiver ønsker å beskytte forbrukeren mot. Altså at det er rettighetene som oppstår til gunst for forbrukeren i en slik situasjon forbrukeren ikke på forhånd skal kunne fraskrive seg. Det å innta forbehold i kontrakten fratar imidlertid ikke forbrukeren rett til dagmulkt generelt. Forbeholdet har heller ingen ting å si på avgjørelsen av om forholdet anses å ligge innenfor eller utenfor entreprenørens kontroll. Forbeholdet gjelder kun under forutsetning av at forholdet er

⁴⁴ Privatmegleren (2006)

utenfor entreprenørens kontroll, og for å konstatere at entreprenøren tok omstendigheten i betraktning på avtaletidspunktet.

Fremstillingen ovenfor viser at det kan være forhold, for eksempel betongmangel, som det etter loven anses rimelig at entreprenøren kunne tatt i betraktning på avtaletidspunktet. Det synes imidlertid uheldig at loven stiller opp et slikt tilleggsvilkår dersom det reelt sett ikke er noe entreprenøren kan gjøre for å bøte på situasjonen. Entreprenøren blir i så fall låst til enten å la være å inngå kontrakten i det hele tatt, eller til å inngå kontrakten vel vitende om at dersom situasjonen inntreffer vil han anses å være i forsinkelse. Når loven oppstiller et tilleggsvilkår for krav på tidsforlengelse, bør det også være en måte entreprenøren kan påse at han oppfyller vilkåret på. Ved å innta forbehold vil entreprenøren gjøre forbrukeren oppmerksom på at situasjonen kan inntre, samtidig som han sikrer seg at han ikke i ettertid kan bli møtt med innsigelsen om at han ikke oppfyller kravet i kontrollansvarsbestemmelsen om det å ta forholdet i betraktning ved avtaleinngåelsen. I motsatt fall, dersom loven forstås slik at partene ikke har anledning til å innta slike forbehold, vil entreprenøren bli stilt i en svært uheldig situasjon.

Formuleringen om kontrollansvar i buofl § 11 er hentet fra kjøpsloven. Det fremgår av lovens forarbeider⁴⁵ at lovgiver har kopiert kjøpslovens modell og gjort den til vilkår for tilleggsfrist, med kun den ene endring å gi bestemmelsen en nynorsk språkdrakt. Riktignok er ikke rettsvirkningene av at entreprenøren er innenfor kontrollansvaret helt de samme etter de to lovene: Etter kjøpsloven regnes ytelsen som forsinket selv om det foreligger en hindring utenfor selgerens kontroll. På buofls område er det imidlertid motsatt. Er det konstatert at hindringen ligger utenfor entreprenørens kontroll, foreligger det ikke forsinkelse. Denne distinksjonen er imidlertid ikke av relevans i forhold til problemstillingen her, og i det følgende vil det forutsettes at buofl er identisk utformet som kjøpsloven.

⁴⁵ NOU 1992: 9 punkt 2.2.5

Det er ikke uvanlig at lovgiver på denne måten ser hen til hva slags løsninger som er lagt til grunn i andre lover, spesielt ikke når buofl kan anses å være medlem av en "familie" av kontraktslover som langt på vei bygger på de samme prinsippene.⁴⁶ De fleste av disse forbrukervennlige kontraktslovene har riktignok i tid kommet etter innføringen av buofl, men kjøpsloven har helt klart vært et forbilde. Hensynet til sammenheng i regelverket, konsekvens i lovgivningen og at like tilfeller skal behandles likt, taler for at lovgiver her har gjort et fornuftig valg i å kopiere kontrollansvarsbestemmelsen.

Det er imidlertid viktig å ha i mente at forsinkelsestilfellet i entrepriseforhold er et noe annet enn ved vanlig løsørekjøp. Forarbeidene fremhever dette gjennom følgende uttalelse:

"Spørsmålet om tilleggsfrist oppstår oftere i entrepriseforhold enn i kjøpsforhold, og kanskje også oftere enn i avtaleforhold om arbeid på lausøyreting. Iallfall for entrepriser av noko omfang er det heller regelen enn unntaket at spørsmålet om tilleggsfrist kjem opp i ei eller anna form, rett nok mest på grunn av endringar og tilleggsarbeid, men ikkje sjeldan også på grunn av uventa hindringar."⁴⁷

Vi ser altså at spørsmålet om det foreligger forsinkelse i lovens forstand oppstår i en annen dimensjon innenfor entrepriseforholdene enn kjøpetilfellene. I tillegg vil sentrale forskjeller i selve kontraktsforholdene medføre at behovene er forskjellige: I entreprisekontrakter inngår partene typisk en skriftlig kontrakt, der det forhandles frem og tilbake om avtalens vilkår så som pris, ferdigstillelse og så videre. Det å innta forbehold i kontrakten i en slik sammenheng, for å klargjøre at entreprenøren så muligheten for at forholdet kunne inntreffe, vil i en slik signeringsfase anses både naturlig og nødvendig for entreprenøren. Ved løsørekjøp vil ikke denne seansen være like naturlig da kjøpsforholdet typisk innebærer utveksling av ytelsene over disk. I slike tilfeller vil ikke partene ha noen skriftlig avtale å vise til i det hele tatt. Ulikhetene i de to typene kontraktsforhold forklarer hvorfor

⁴⁶ Lilleholt (2001) s 37, 38

⁴⁷ NOU 1992: 9 punkt 2.2.5

spørsmålet ikke tidligere har vært oppe i kjøpssammenheng, men motsetningsvis hvorfor problemstillingen er aktuell i entrepriseforhold.

Forarbeidene til buofl fremhever også som et argument for å innføre bestemmelsen om kontrollansvar, at en slik forutsetning for fristforlengelse har vært vanlige i standardvilkårene på entrepriserettens område.⁴⁸ Eksempelvis opererer NS 3430 også med vilkåret om ”forhold utenfor hans kontroll”. Det er imidlertid viktig å merke seg forskjellen på standardvilkår og ufravikelig lovgivning. Standardvilkår er ikke gjort ufravikelig, slik at spørsmålet om partene kan innta forbehold i tilknytning til kontrollansvarsbestemmelsen ikke kommer opp. Det er full adgang for entreprenøren til å innta slike forbehold. I tilfellet av ufravikelighet, som i buofl, blir det imidlertid et spørsmål om entreprenøren har en slik anledning sett under synspunkt at loven er gjort ufravikelig.

Ovenfor under overskriften ”Formulering av overtagelsesklausuler” så vi at entreprenøren i tilknytning til overtagelsestidspunktet kan innta et forbehold om at overtagelse 20. desember 2008 er gitt under forutsetning om at igangsettelsestillatelse blir gitt innen april 2008. Dersom treghet i den offentlige saksbehandlingen medfører at slik igangsettelsestillatelse ikke blir gitt innen april 2008, vil avtalens angitte overtagelsesdato ikke lenger være bindende. Det er nær tilknytning mellom det forbeholdet som tas i en slik anledning, og drøftelsen ovenfor som går på om det kan inntas forbehold i tilknytning til kontrollansvarsbestemmelsen. I begge tilfeller tas det forbehold om et forhold som kan tenkes å inntreffe, og i begge tilfeller medfører forbeholdet at entreprenøren ikke anses å være i forsinkelse. Det at loven åpner for at forbehold kan inntas i tilknytning til overtagelsesdatoen, bør være et argument for at det også kan inntas i tilknytning til kontrollansvar. I motsatt fall, vil entreprenøren kunne omgå regelen ved å innta forbeholdet i tilknytning til overtagelsesdatoen i motsetning til kontrollansvarsbestemmelsen. Det inntas for eksempel forbehold om betongmangel i tilknytning til overtagelsesdatoen, slik at innfrielse av overtagelsesdatoen forutsetter tilstrekkelig tilgang på betongelementer.

⁴⁸ NOU 1992:9 under særskilte bemerkninger til § 2-5

Det kan stilles spørsmålstegn ved om det er noen forskjell på de to måtene å innta forbehold på. Når det gjelder forbehold i tilknytning til overtagelsesdato, vil problemstillingen knyttet til forbeholdets rekkevidde være avgjørende for om det overhodet foreligger forsinkelse i lovens forstand. Når det gjelder å innta forbehold i forbindelse med kontrollansvarsbestemmelsen, er det egentlig det samme som gjøres, for dersom forbeholdet ikke inntas kan det anføres at entreprenøren ikke oppfyller tilleggsvilkåret om å ha tatt forholdet i betraktning på avtaletidspunktet. I så fall vil det foreligge forsinkelse i lovens forstand. Juridisk så ser vi altså at forbeholdet kan inntas i to ulike sammenhenger, og at det egentlig er to sider av samme sak. Det er imidlertid viktig å være klar over at det faktum at forbeholdene formuleres ulikt, vil kunne medføre at de vurderes forskjellig. Partenes valg av formulering vil derfor kunne få betydning for sakens utfall. Partene må derfor være seg veldig bevisst ordvalget både når de avgjør i hvilken tilknytning forbeholdet tas, og det nærmere innholdet av formuleringer.

Grunnet ovenstående argumentasjon synes det rimelig å konkludere med at partene bør ha anledning til å innta forbehold i kontrakten knyttet opp mot kontrollansvaret.

En forutsetning for den ovenstående drøftelsen har hele tiden vært at forholdet etter lovens ordlyd anses å ligge utenfor entreprenørens kontroll. Et annet spørsmål er imidlertid om partene har adgang i kontrakten til å spesifisere hva som anses å ligge innenfor/utenfor entreprenørens kontroll. Det inntas for eksempel i kontrakten et forbehold om at forsinkelse grunnet treghet fra arkitektens side anses å ligge utenfor entreprenørens kontroll. Dette selv om forholdet etter lovens normalløsning ville vært innenfor entreprenørens kontroll. Vil et slikt forbehold være i strid med lovens ufravikelighet, eller er det åpnet for avtalefrihet på dette punkt? Også her ser vi likhetstrekkene ved forbehold i tilknytning til overtagelsesklausuler. Det ble også i den sammenheng stilt spørsmålstegn ved hvorvidt det er adgang til å innta forbehold om senere byggestart grunnet forhold som etter loven ligger innenfor entreprenørens kontroll. Spørsmålet kommer i begge tilfellene bare på spissen dersom partene fastsetter at et forhold skal ligge utenfor entreprenørens kontroll, som etter

lovens ordlyd anses å ligge innenfor entreprenørens kontroll. For dersom partene omvendt fastsetter et forhold for å ligge innenfor entreprenørens kontroll, som etter loven anses å ligge utenfor, stiller kontrakten forbrukeren i en gunstigere situasjon og lovens ufravikelighet gjelder således ikke.

Dersom det er på det rene at forholdet etter en tolkning av kontrollansvarsbestemmelsen anses å ligge innenfor entreprenørens kontroll, vil det foreligge mislighold fra entreprenørens side, forsinkelse i lovens forstand, noe som utløser misligholdevirkninger. Disse misligholdsvirkningene er gjort ufravelige i loven. Men spørsmålet er om loven også er ment å være ufravelig når det gjelder partenes definisjon av hva som utgjør selve misligholdet, altså presisering av hva som nærmere anses å ligge i kontrollbegrepet. Står partene fritt til å presisere dette i en avtale eller sperrer lovens ufravelighet for dette?

Problemstillingen kan dras enda et hakk videre, og formuleres som et generelt spørsmål om partene kan avtaleregulere noe som er i strid med en antitetisk tolkning av lovens bestemmelser. Buofl § 11 første ledd litra a til c oppstiller tre tilfeller som gir entreprenøren rett til tilleggsfrist uten at forholdet anses som forsinkelse. Forhold utenfor entreprenørens kontroll er ett av de tre tilfeller. En antitetisk tolkning av bestemmelsen vil gi den slutning at bestemmelsen er uttømmende, slik at i alle andre tilfeller vil entreprenøren ikke ha krav på fristforlengelse. Skal loven forstås slik? Eller kan partene avtale også andre tilfeller der entreprenøren har krav på fristforlengelse? Oppgavens ordgrense tillater dessverre ingen videre behandling av problemstillingen. Jeg ønsker likevel å nevne den, for å illustrere enda et spørsmål som reiser seg om partenes spillerom innenfor lovens ufravelighet.

7 Den økonomiske situasjons påvirkning av tvistenivået

7.1 Ingen høyesterettsavgjørelse om spørsmålet

Det foreligger pr. i dag ingen høyesterettsavgjørelse der spørsmålet om partenes avtalefrihet innenfor buofl kommer på spissen. En forklaring kan være det faktum at loven er relativt ny. Loven trådte i kraft 1. juli 1998, og har altså kun vært gjeldende rett i vel 10 år. Det tar gjerne flere år fra en lov blir gitt til en sak kommer opp for vår høyeste rettsinstans. Videre vil en forutsetning for at spørsmål kommer opp for rettsapparatet være at partene kjenner til sine rettigheter etter loven. Fra en lov trer i kraft til dens innhold er allment kjent tar det gjerne tid. En rettssosiologisk undersøkelse⁴⁹ foretatt 6 år etter avhendingslovens ikrafttredelse viste at kun 69 % av de spurte huseiere i Oslo hadde hørt om loven, og kun 29 % hadde lest hele eller deler av den. Det foreligger ikke meg bekjent noen tilsvarende undersøkelse på buofls område, men det er grunn til å tro at resultatet fra undersøkelsen har en viss overføringsverdi.

Likevel foreligger det rettspraksis på buofls område, så en viss kjennskap til loven må partene likevel antas å ha. Problemstillingene som har vært oppe for domstolene omhandler imidlertid typisk spørsmål om vilkårene for mislighold er til stede, nærmere bestemt om det foreligger en mangel eller forsinkelse i lovens forstand. Dette i motsetning til spørsmål der partenes avtalefrihet innenfor loven kommer på spissen. Som vi skal se i det følgende, kan en forklaring være den økonomiske situasjonen som frem til i dag har preget boligmarkedet.

7.2 Finanskrisens påvirkning av fremtidig rettspraksis

En første forklaring på manglende rettspraksis rundt partenes spillerom for avtalefrihet, er det faktum at det ikke blir rettssaker ut av kontraktsforhold begge partene ser seg tjent med. Mye tilsier at det selv etter lovens ikrafttredelse blir inngått avtalevilkår som i beste fall tøyer grensene for lovens ufravikelighet. I en situasjon der partene ser seg fornøye med

⁴⁹ Mathiesen (2005) s 79

avtalens innhold, vil de imidlertid ønske å stå ved den. Lovens ufravikelighet påberopes derfor ikke som grunnlag for å komme seg ut av kontrakten.

En forklaring på at partene har sett seg tjent med å etterleve den inngåtte avtalen, er den økonomiske situasjonen vi har hatt i Norge de siste tiårene. Etter at buofl kom i 1998 har det frem til 2. kvartal 2007 vært kontinuerlig stigende priser på boliger i Norge, jfr. figur fra Statistisk Sentralbyrå på siste side. Markedet har vært preget av at etterspørselen på boliger har vært større enn tilbudet, og det vil i en slik periode ikke være problem for forbrukeren senere å finne en kjøper som ønsker å overta boligen. I et marked med stigende priser vil det derfor være gunstig for forbrukeren å overta boligen og deretter selge den til en høyere pris, fremfor å påberope seg buofls ufravikelighet som argument for å komme seg ut av kontrakten. I tilfeller av kontraktrettslige utfordringer har forbrukeren derfor vært villige til å strekke seg langt for å få beholde kontrakten, også i tilfellet der kontrakten inneholder vilkår som stiller ham i en dårligere situasjon enn lovens bestemmelser tilsier.

En slik økonomisk vinkling kan også forklare det faktum at det primært er mangels- og forsinkelsestilfellene som har kommet opp for rettssystemet. I slike tilfeller ønsker forbrukeren først og fremst kompensasjon for at det foreligger et mislighold, typisk i form av prisavslag eller dagmulkt, og ikke nødvendigvis å fri seg fra kontrakten. Når det gjelder heving av avtaleforholdet, foreligger det lite rettspraksis og dette kan forklares under samme teori: I et stigende marked vil det være økonomisk gunstigere for forbrukeren å overta boligen og deretter selge den med fortjeneste fremfor å heve avtalen. Vi har allerede sett flere eksempler på dette i praksis. For noen år siden kom det frem at forbrukerne i andelsprosjektet på Fornebu var blitt forespeilet beliggenhet og utseende som ikke hadde rot i virkeligheten. Da dette kom frem, var det noen få andelseiere som gikk til sak mot utbygger for å heve kjøpet. Resten av andelseierne valgte imidlertid å sitte på kontrakten, trolig med tanke på at de satt med rett til en bolig i et marked som var oppadgående. I dag, når finanskrisen er et faktum og markedet har snudd, har nå om lag 100 andelseiere startet kampen mot utbygger. Prosjektet reguleres ikke av buofl, men illustrerer likevel poenget om at partenens handlingsmønster er betinget av markedet.

Det kan likevel også i et stigende marked ha vært enkeltindivider som av ulike grunner har ønsket seg ut av kontrakten. På grunn av at kostnadene ved å føre en tvist alene gjennom rettsapparatene er høye, og det faktum at det ikke foreligger rettsavgjørelser på området som gir retningslinjer for sakens eventuelle utfall, har usikkerheten for forbrukeren blitt ansett for stor. Det mulige tapspotensialet ved en rettssak sammenlignet med forbrukerens alternativ om å overta boligen for deretter å selge med gevinst, har gjort at ingen har tatt slike saker til høyesterett. Dette kan imidlertid endre seg i et sterkt fallende marked der flere forbrukere vil være i samme situasjon. Den nye tvisteloven gjør det nå mulig for forbrukere i samme boligprosjekt å gå til felles sak, såkalt gruppesøksmål, mot entreprenøren. Ikke bare vil de sammen være sterkere posisjonert enn et enkeltindivid, de vil også ha bedre økonomisk bæreevne ved at de er flere om kostnadene. Et aktuelt eksempel fra praksis på at forbrukere går sammen på denne måten, er boligprosjektet Nye Major som det er henvist til ovenfor.

Et annet argument i samme retning er at forbrukerne i et fallende marked vil kunne bruke buofls ufravikelige bestemmelser til å komme seg ut av en kjøpekontrakt som i ytterste konsekvens kan medføre store tap for forbrukeren. Det er vanskelig å videreselge boliger i et sterkt fallende marked, noe som gjør at en potensiell gevinst som var drivkraften for å enes om avtalen i et stigende marked, nå er snudd til et ønske om å komme seg ut av kontrakten. For å bruke et eksempel, kan vi tenke oss kjøp av en bolig til NOK 5 millioner i et marked som stiger eller faller 15 %. Gevinstpotensialet er derved NOK 750.000, mens tapspotensialet er tilsvarende. I en slik situasjon vil dette kunne være en ekstremt stor drivkraft for forbruker til å bruke buofl for å komme seg ut av kontrakten.

I samme tidsperiode som boligmarkedet har steget kraftig, har det samtidig vært en generell realøkonomisk vekst i markedet. Lønnsnivået har hatt en økende trend, aksjemarkedet har vært sterkt stigende, arbeidsledigheten har vært lav og forbruket har vært stigende. Dagens situasjon er imidlertid at de fleste av disse parameterne har snudd til det motsatte, slik at den totale økonomiske situasjonen for forbrukeren kan være endret. Forbrukeren kan derfor

ha inngått en kontrakt med større forpliktelser enn han ser seg i stand til å bære. Dette vil være et moment som gjør at forbrukere ønsker å komme seg ut av kontrakter, og derfor bruker buofl ufravikelige regler som beskyttelse.

Et kjennetegn med dårlige økonomiske tider er også at parter setter seg bedre inn i sine rettigheter og er mer opptatt av detaljer. I nedgangstider vil man ikke i like stor grad som tidligere kunne tåle å tape penger. Det er derfor grunn til å tro at forbrukere i tiden som kommer vil være mer påpasselige og undersøke mer grundig hva han etter kontrakten har krav på. Konsekvensen kan bli at forbrukere vil påberope seg lovens ufravikelighet i tilfeller der de tidligere har forholdt seg tause.

7.3 Behov for avklaring

Det er flere steder i oppgaven nevnt eksempler fra praksis der partene avtaler alternative løsninger til det loven oppstiller, og der manglende rettslig avklaring gjør det usikkert hvor langt lovens ufravikelighet rekker. Problemstillingen kommer altså fra tid til annen opp, og både partene og deres rådgivere er usikre på hvor grensen går. I slike tilfeller ender det ofte med at partene prøver seg, de tøyer avtalefrihetens grenser, og håper at det ikke vil bli rettssak ut av det. Selv om hensynet til respekt for lovgivervilje taler imot en slik løsning, er situasjonen uproblematisk så lenge partene er fornøyd og ønsker å stå ved avtalen. Det økonomiske bildet har imidlertid snudd, og dette vil som vi har sett sannsynligvis påvirke partenes handlinger. Usikkerheten lovens ufravikelighet skaper medfører lite forutberegnelighet for partene, og inntil høyesterett kommer med avklarende uttalelser vil parter som inngår slike alternative løsninger leve i uvissheten om vilkåret vil stå seg i en eventuell rettssak. En slik usikkerhet støter an mot forretningslivets behov for presisjon og behovet for å kunne stole på inngåtte kontrakter, altså hensynet til omsetningslivets sikkerhet.⁵⁰ Vi ser således at det er behov for avklaring når det gjelder partenes avtalefrihet i kontrakter som reguleres av buofl.

⁵⁰ Martinussen (2007) s 30

8 Litteraturliste

Lovgivning:

- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. Juni 2005 nr 90.
- 2002 Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) av 21. juni 2002 nr 34.
- 1999 Lov om husleieavtaler (husleieloven) av 26. mars 1999 nr 17.
- 1997 Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m.
(bustadoppføringslova) av 13. juni 1997 nr 43.
- 1992 Lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova) av 3. juli 1992 nr 93.
- 1972 Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven) av
16. juni 1972 nr 47.
- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer
(avtaleloven) av 31. mai 1918 nr 4.

Forarbeider:

- | | |
|----------------------------|---|
| Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) | Forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) |
| Ot.prp.nr.29 (1988-1989) | Håndverkertjenester m.m for forbrukere
(håndverkertjenesteloven) |
| NOU 1992:9 | Forbrukarentrepriselov (bustadoppføringslova) |

Rettspraksis:

Rt-2007-862

LB-2006-158917

Juridisk litteratur:

Martinussen, Roald *Avhendingsrett, Innføring i eiendomskjøpsrett*, 1. Utgave. Oslo 2007

Mathiesen, Thomas *Retten i samfunnet – en innføring i rettssosiologi*, 5. Utgave. Oslo 2005

Lilleholt, Kåre og Hans Jakob Urbye *Bustadoppføringslova – Avtaledokumenter med kommentarer* – 3. utgave. Oslo 2004

Bergsåker, Trygve *Kjøp av ny bolig: Med kommentarer til bustadoppføringslova* Oslo 2002

Lilleholt, Kåre *Avtale om ny bustad*. 1. utgave. Oslo 2001

Nettdokumenter:

Lilleholt, Kåre. *Kommentar til bustadoppføringslova*. Norsk lovkommentar nettversjon.
[Sitert oktober 2008]

Roe, Eric J. *Kommentar til håndverkertjenesteloven*. Norsk lovkommentar nettversjon.
[Sitert oktober 2008]

Prospekt fra Privatmegleren Tromsø, 2006 <http://www.breiviknes.no/salgsoppgave.php>
[Sitert oktober 2008]

Bergsåker, Trygve *Kontraktsrettslige generalklausuler*, Artikkel i Jussens Venner 1980
s 133 (Sitert fra Lovdata september 2008)

Avisartikler:

Larsen, Vibeke *Fronter gruppesøksmål*, Dagens Næringsliv 13. november 2008

Mikalsen, Bjørn-Egil *Boligprosjekt blir ett år forsinket*, DN.no 9. mai 2007

http://www.dn.no/privatokonomi/article1089281.ece?jgo=c1_re&WT.svl=article_title

HegnarOnline *Betongmangel gir byggestopp*, HegnarOnline 6. desember 2006

<http://www.hegнар.no/eiendom/article115316.ece>

Presentasjoner:

Bech, Stig L. og Tore Økseter *Tid for salg – meglers markedsføring*, Power Point presentasjon fra 10. februar 2005

Korrespondanse:

Lilleholt, Kåre. E-post. 15. oktober 2008

9 Liste over tabeller og figurer m v

9.1 Graf som illustrerer boligmarkedet siden lovens ikrafttredelse

